

Aurică Avram

Procedura insolvenței

Deschiderea procedurii

-
- Sistemul procedurii insolvenței
 - Cererile introductive și judecata lor
 - Cerințele legale pentru deschiderea procedurii
 - Hotărârea de deschidere a procedurii

II 414.311

Copyright © 2010
Editura Hamangiu SRL

Editură acreditată **CNCSIS** - Consiliul Național
al Cercetării Științifice din Învățământul Superior
Toate drepturile rezervate **Editurii Hamangiu**.
Nicio parte din această lucrare nu poate fi copiată
fără acordul scris al **Editurii Hamangiu**

Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României
AVRAM, AURICĂ

Procedura insolvenței : deschiderea procedurii /
Aurică Avram. - București : Editura Hamangiu, 2010
Index
ISBN 978-606-522-217-5

347.736(498)(094)

Editura Hamangiu
București, Str. Col. Popeia
nr. 36, sector 5
O.P. 5, C.P. 91

Telefon/Fax:
021.336.0443
031.805.8020
031.805.8021

Vânzări:
021.336.01.25
0788.854.348
0788.724.564
0724.364.369

E-mail:
redactie@hamangiu.ro
distributie@hamangiu.ro

Aurică Avram
Judecător la Curtea de Apel București

553 526

Procedura insolvenței. Deschiderea procedurii



475905
B.C.U. IASI

Editura
Hamangiu
2010

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Author: [illegible]
Title: [illegible]

[illegible text block]

[illegible text block]

[illegible text block]

[illegible text block]

[illegible text block]

[illegible text block]



2010
[illegible text]



10. MAR. 2011

Prefață

Începând cu intrarea în vigoare a Legii nr. 64/1995, în baza căreia a fost concepută și actuala Lege nr. 85/2006, reglementarea procedurii insolvenței a oferit permanent un răspuns corespunzător așteptărilor, printr-un proces de îmbunătățire continuă, astfel încât nu s-a făcut simțită nici lipsa altor instituții juridice aferente încetării de plăți, cum ar fi moratoriul, concordatul etc. Dar, în contextul raportării la celelalte țări din Uniunea Europeană, în plan intern a început în ultimii ani să se contureze necesitatea extinderii cadrului legislativ, în ceea ce privește nu doar procedurile cu rol de prevenție a încetării de plăți, dar și procedura insolvenței în sine. Demersurile specifice inițiate în acest scop s-ar integra unei evoluții firești, dacă procesul ar fi derulat în mod normal, în sensul reglementării instituțiilor juridice în discuție mai întâi în cadrul unor acte normative distincte, urmată de verificarea efectului acestora în practica judiciară și, în final, de o eventuală integrare a acestora într-un sistem coerent, în forma unui cod juridic. În fapt însă, deja s-a trecut, cu o obstinație demnă de o cauză mai bună, la pregătirea unui cod al insolvenței care să reunească toate procedurile aferente acestei materii, deși pentru unele dintre ele abia s-a inițiat procesul legislativ vizând reglementarea lor legală.

Astfel, în primul an al actualei crize financiare și economice, care se dovedește a fi al confuziilor conceptuale, un proiect deosebit de important este început ca o formă fără fond, după reguli proprii mai mult ridicării castelelor din cărți de joc, proiectându-se întregul în lipsa unora dintre elemente lui structurale. Aceasta în contextul în care au fost adoptate, totodată, noi coduri în materie civilă și penală și sunt finalizate proiectele unor noi coduri de procedură civilă și penală, iar despre corelarea cu acestea nici nu se discută.

Împrejurările actuale sunt însă potrivnice unor realizări ample și de esență în domeniul reglementării legale, inclusiv în domeniul insolvenței. Deși în mod obiectiv lucrurile se transformă dramatic și alert ca

urmare a manifestărilor crizei, iar instabilitatea nu oferă o bază corespunzătoare pentru conceperea unei reglementări legale, promovarea codurilor se consideră a fi o preluare a inițiativei, pe calea reformelor, în domeniul schimbărilor, chiar dacă se ignoră cauzele și nu se anticipează efectele acestora din urmă. Și, cum direcția este greșită de la început, în contrapondere se forțează orizonturile reformei. În aceste condiții, este de înțeles de ce în ultima vreme uzitarea termenului reformă a căpătat un sens dubios și amenințător, la fel ca în perioada anterioară, de tranziție.

S-ar putea susține, desigur, că opera de codificare în materie juridică poate avea efecte anticriză, sub aspect conceptual, similare unui travaliu material major, unor investiții substanțial menite să susțină consumul social, cererea în economie și justificarea creditării, iar acestea ar fi în măsură să conducă la ieșirea din criză. Dar, dincolo de munca laborioasă pe care o presupune elaborarea lui, un cod juridic nu se concepe, totuși, într-o perioadă de criză, în care în domeniul vizat și în întregul context social-economic în care există acesta se generalizează confuzia, incertitudinea, o dinamică accentuată și lipsa posibilității de prognozare a evoluțiilor ulterioare. Nicio mare epopee nu se referă la viitor, ci doar la trecut. Șansele ca la finalul crizei, incert și acesta pentru noi, realitatea vizată prin prevederile unui cod conceput în vreme de criză să fie cu totul alta sunt prea mari pentru ca schimbarea realității financiar-economice actuale să nu fie avută în vedere; iar finanțele, economia influențează direct raporturile dintre oameni supuse reglementării normelor de drept. Prea pare că a fost urmărită cu premeditare această criză pentru ca prin ea să nu se fi urmărit și o reasezare a lucrurilor. Dar, pentru profani, direcția reasezării va deveni transparentă abia după finalizarea crizei, pentru ca aspectul ei revoltător să fie mai ușor acceptat, pe fondul dorinței preponderente de menținere a unei stabilități abia înfiripate. Până atunci însă, pe fundalul celor arătate, de bun simț poate fi doar gestionarea crizei, supraviețuirea în raport cu loviturile acesteia, iar nu programele de măsuri nesperioase, cum ar fi codificarea normelor de drept într-un domeniu sau altul, vizând următorii 10, 20... de ani. În criză este necesară individualizarea măsurilor prin contrapunere cu sistemul care se prăbușește, adaptarea în mod specific a normelor de drept. Cantonarea într-o perspectivă cât mai

îndepărtată, ignorându-se prezentul acut, precum și generalizarea nu reflectă decât inadecvarea persoanei la momentul existent sau, altfel spus, incompetența ascunsă sub paravanul falselor bune-intenții. Nici sub aspectul conținutului (raporturile supuse reglementării) nici sub aspectul oportunității, scopul unui demers ca acela în discuție nu este oportun sau fezabil.

Decât reglementarea a ceea ce nu va fi, prezintă o mai mare utilitate anticiparea și pregătirea finalului crizei în plan intern, pentru a nu se rămâne la stadiul în care se dă neputinței aura pragmatismului. Important nu e doar *când*, ci și *cum* se iese din criză, pentru că, în lipsa unor demersuri adecvate, realitatea ultimilor ani indică faptul că economiile emergente vor constitui în continuare piețe de desfacere și teren pentru speculații vizând valutele naționale.

Măsurile de ordin legislativ au, fiecare, rostul și timpul lor. Procedurile de prevenție a încetării de plăți erau general utile înaintea declanșării crizei. În cazul derulării crizei, când răul s-a produs deja, sunt de oportunitate procedura reorganizării și a falimentului prevăzute în reglementarea insolvenței și s-ar impune ca acestea să fie îmbunătățite pentru a prelua volumul mai mare de persoane afectate de încetarea de plăți. Până în prezent însă, modificarea legii în domeniul insolvenței, Legea nr. 85/2006, a vizat doar regulile aplicabile derulării procedurii în instanță, îndeosebi sub aspectul formalităților și termenelor procedurale. Reglementarea legală a faptelor și actelor de procedură, în sensul normării referitoare nu numai la ce este de făcut, ci și la cum trebuie făcut, a rămas în continuare un tabu. Or, deși se justifică exercitarea profesiei practicianului în insolvență în spiritul unei profesii liberale, nu se poate ca aceasta să rămână, sub vreun aspect, fără de lege.

Orice modificare în sensul arătat trebuie să se subordoneze faptului că din momentul deschiderii, întreaga procedură a insolvenței se fundamentează pe conținutul instituției juridice a insolvenței, derivă din condițiile legale privind deschiderea procedurii și din efectele acesteia. Ceea ce urmează în procedura ulterior deschiderii acesteia ține mai mult de organizare, spirit managerial, fapte sau acte juridice. Înțelegerea în mod corect a preceptelor insolvenței, a condițiilor de deschidere a procedurii și a efectelor deschiderii poate preveni împotmolirea procedurii în situații atipice, derularea acesteia în mod netemeinic și nelegal,

poate preveni căderea practicianului în tentația exercitării atribuțiilor ca într-o afacere particulară, dincolo de limitele poziției publice pe care o ocupă în procedură, poate condiționa judecătorul să aplice dreptul în sine, iar nu opinia proprie despre echitate. De asemenea, preceptele menționate delimitează conținutul și aplicarea principiilor specifice procedurii, previne riscul interpretării diferite de la o cauză la alta a acelorași dispoziții din legea specială în materia insolvenței, care este considerată, oricum, prea maleabilă.

Instituțiile juridice menționate, esențiale pentru procedura insolvenței, constituie și obiectul lucrării de față. Opiniile exprimate în cuprinsul acesteia urmăresc să ofere posibilitatea înțelegerii cât mai detaliate a instituțiilor respective.

Autorul

Cuprins

Capitolul I. Insolvența	1
<i>Secțiunea 1. Aspecte generale</i>	1
§1. Definiția insolvenței (art. 3)	1
§2. Evoluția terminologică	2
§3. Conținutul insolvenței	6
§4. Probarea insolvenței	7
4.1. Aspecte specifice	8
<i>Secțiunea 2. Categoriile ale insolvenței</i>	15
§1. Insolvența de gen	15
§2. Insolvența prezumată ca fiind vădită [art. 3 alin. (1) lit. a)]	18
§3. Insolvența iminentă [art. 3 alin. (1) lit. b)]	22
<i>Secțiunea a 3-a. Mecanismul apariției insolvenței</i>	24
<i>Secțiunea a 4-a. Sistemul procedurii insolvenței</i>	26
§1. Periodizarea procedurii insolvenței	26
1.1. Perioada judecării cererii introductive	27
1.2. Perioada de observație	28
1.3. Perioada procedurii de reorganizare propriu-zisă	29
1.4. Perioada procedurii falimentului	30
1.5. Perioada ulterioară închiderii procedurii falimentului	30
§2. Categoriile de proceduri și coeziunea acestora	31
2.1. Procedura generală	31
2.2. Procedura simplificată	32
2.3. Procedura de ansamblu	32
2.4. Procedura propriu-zisă	33
2.5. Modalități de procedură	33
2.6. Elemente de coeziune a procedurii	33
2.6.1. Asigurarea coeziunii prin acte de procedură, hotărâri judecătorești (1), inclusiv căi de atac (2)	34
1. Acte/hotărâri	34
2. Căi de atac/Casare	35

Capitolul II. Deschiderea procedurii	48
<i>Secțiunea 1. Cererile introductive</i>	48
§1. Aspecte și dispoziții generale (art. 26)	48
1.1. Aspecte generale	48
1.2. Dispoziții generale	49
1.3. Caracterul cererii de deschidere a procedurii insolvenței	51
§2. Cererea debitorului (art. 27)	52
2.1. Aspecte generale	52
2.2. Dispoziții generale	54
2.3. Cererea debitorului în cazul insolvenței actuale	54
2.4. Cererea debitorului în cazul insolvenței iminente	56
2.5. Semnarea cererilor	56
2.6. Tardivitatea și prematuritatea cererii. Reaua-credință. Sancțiuni	59
2.6.1. Tardivitatea cererii	60
2.6.2 Prematuritatea cererii	62
2.7. Actele care însoțesc cererea debitorului [art. 28 alin. (1)]	67
2.8. Nedepunerea actelor – impediment la reorganizarea judiciară [art. 28 alin. (2)]	82
2.9. Cererea introductivă în cazul societății în nume colectiv, în comandită, a grupului de interes economic (art. 29)	87
2.10. Procedura anterioară - Impediment la reorganizarea judiciară (art. 30)	89
§3. Cererea creditorilor (art. 31)	93
3.1. Aspecte generale	93
3.2. Creditorul titular al cererii introductive	94
3.3. Cererea	97
3.3.1. Conexarea	100
3.3.2. Obiectul/conținutul cererii	102
§4. Cererea C.N.V.M. și a altor persoane prevăzute de lege	107
<i>Secțiunea a 2-a Judecata cererilor introductive</i>	109
§1. Judecata cererii debitorului	110
1.1. Renunțarea la judecată	117

§2. Judecata cererii creditorului	119
2.1. Înregistrarea și comunicarea cererii creditorului	119
2.2. Contestația debitorului [33 alin. (1)]	121
2.2.1. Termenul de formulare a contestației	121
2.2.2. Conținutul contestației	122
2.3. Cauțiunea [art. 33 alin. (2)]	126
§3. Citarea	129
<i>Secțiunea a 3-a Cerințele (condițiile) legale pentru deschiderea procedurii</i>	131
§1. Debitorul să facă parte din domeniul de aplicare a Legii nr. 85/2006	133
1.1. Societatea comercială dizolvată	136
§2. Creanța certă, lichidă și exigibilă de mai mult de 30 de zile	139
2.1. Caracterul cert, lichid și exigibil al creanței	139
2.2. Excepție de la caracterul colectiv al procedurii	140
2.3. Creanța anterioară deschiderii procedurii	142
2.4. Proba creanței	144
2.5. Refuzul de plată	145
§3. Valoarea prag a creanței	147
§4. Insuficiența disponibilităților bănești	152
4.1. Proba insuficienței disponibilităților bănești	153
<i>Secțiunea a 4-a. Hotărârea de deschidere a procedurii</i>	154
§1. Aspecte generale	154
1.1. Respingerea cererii introductive și autoritatea de lucru judecat	157
§2. Hotărârea de deschidere în cazul cererii debitorului	158
2.1. Aspecte specifice	158
§3. Hotărârea de deschidere în cazul cererii creditorului	161
3.1. Soluții în judecata cererii creditorului	161
3.2. Respingerea cererii introductive a creditorului și răspunderea acestuia pentru daune	165
§4. Hotărârea de deschidere a procedurii	167
4.1. Caractere generale	167
4.2. Conținutul hotărârii de deschidere	169
4.2.1. Conținutul necesar	169

4.2.2. Conținutul posibil	176
§5. Opoziția [art. 32 alin. (2)]	179
5.1. Publicitatea hotărârii de deschidere a procedurii	180
5.2. Opoziția și recursul împotriva hotărârii de deschidere a procedurii	182
5.3. Natura juridică a opoziției	183
5.4. Termenul de formulare a opoziției	185
5.5. Judecata opoziției	186
5.6. Motivarea opoziției	187
5.7. Ordinea judecării opoziției și recursului	190
5.8. Soluții în opoziție în raport cu art. 32 alin. (2) în forma inițială și aceea actuală	190
§6. Aprecierea îndeplinirii cerințelor legale pentru deschiderea procedurii în primă instanță, în opoziție și în recurs	196
Index	209

Capitolul I

Insolvența

Secțiunea 1. Aspecte generale

§1. Definiția insolvenței (art. 3)

Noțiunea de „insolvență” se regăsește între noțiunile juridice specifice și esențiale ale procedurii insolvenței, pe care în dreptul intern legiuitorul a înțeles să o definească pentru prima dată în mod efectiv și adecvat prin prevederile Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței.

Astfel, potrivit prevederilor art. 3 alin. (1) (paragraf 1) din Legea nr. 85/2006, astfel cum a fost modificată prin Legea nr. 277/2009 privind aprobarea O.U.G. nr. 173/2008, prin insolvență se înțelege acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide și exigibile.

În forma inițială a Legii nr. 85/2006, prin dispozițiile art. 3 pct. 1 legiuitorul a urmărit să definească insolvența în general și, totodată, să facă distincția între insolvența actuală și insolvența iminentă, pe criteriul momentului exigibilității datoriilor, scop în care nu era necesar, în acest context, să facă referire la toate condițiile prevăzute legal pentru urmărirea creanțelor, ci doar la condiția exigibilității. În schimb, condițiile respective (caracterul cert, lichid și exigibil) au fost avute în vedere integral de către legiuitor în mod distinct, prin dispozițiile art. 3 pct. 6. Prin urmare, modificarea adusă art. 3 pct. 1 (paragraful 1) prin Legea nr. 277/2009 poate fi considerată o precizare binevenită dar nu și necesară.

§2. Evoluția terminologică

În trecut, în aplicarea reglementării falimentului, prevăzută de Codul comercial sau a procedurii de reorganizare și lichidare judiciară, prevăzută de Legea nr. 64/1995 (în formele inițiale), pentru a reflecta starea de insolvență a debitorului legiuitorul a utilizat la început formulări de genul „nu mai poate face față datoriilor”, „încetarea plăților”, „incapacitatea de plată”, care au devenit, în cadrul evoluției sub aspect instituțional juridic, noțiunea de „insolvență”.

Referiri exprese la insolvență, ca și termen juridic în sine, au existat în doctrina și practica juridică internă, chiar în mod uzual, începând cu aplicarea reglementării privind materia falimentului din Codul comercial și chiar mai devreme, prin preluare din dreptul italian, la mijlocul secolului XIX. Prin urmare, nu este vorba de o noțiune juridică recentă. În prima parte a secolului trecut, încetarea plăților era deja definită în doctrina juridică românească drept acea stare a patrimoniului unui comerciant care se manifestă în exterior prin faptul că se găsește în neputință de a plăti creditorii. În contextul în care, de-a lungul timpului, în plan internațional s-a accentuat separația dintre sistemul de drept „latin” și cel „anglo-saxon” în materie, insolvența, ca instituție juridică în sine, a rămas proprie fiecăruia dintre acestea, bineînțeles cu aspectele specifice inerente, inclusiv cele prevăzute de legile naționale.

Legea nr. 85/2006, denumită chiar lege „privind procedura insolvenței” marchează clar intenția legiuitorului român, chiar și în comparație cu Legea nr. 64/1995, de integrare a legislației naționale, cel puțin sub aspectul titulaturii, în sistemul european al dreptului insolvenței. Aceasta, în condițiile în care, inițial, dispozițiile din Legea nr. 64/1995 au fost într-o bună parte de inspirație americană, iar la structura de bază a acestei legi nu s-a renunțat nici în prezent, fiind preluată în Legea nr. 85/2006.

Referitor la insolvență s-a spus de-a lungul timpului că înseamnă nu numai lipsa fondurilor bănești necesare plății obligației la scadență, dar și imposibilitatea patrimonială, ca manifestare exterioară, de plată a datoriilor (a creditorilor), „care arată că pasivul a depășit activul”. Această din urmă formulare nu este riguroasă pentru că în raport cu patrimoniul, privit în general, fără vreo distincție, dacă există active cu

valoare mai redusă decât a debitelor, aceasta înseamnă o stare de insolabilitate (preponderența, în patrimoniul debitorului a pasivului față de activ). În cazul insolabilității, în mod teoretic, debitorul ar trebui să fie întotdeauna și în stare de insolvență, dar în fapt uneori poate să nu fie, de exemplu dacă primește un împrumut bănesc. În plus, fiind vorba de o „plată a datoriilor” aceasta poate însemna nu numai plata prin lichidități ci, de exemplu, și darea în plată etc. De asemenea, nu este obligatoriu ca pasivul să depășească activul, pentru că există insolvență chiar dacă debitorul este solvabil, adică și dacă activul depășește pasivul, dar îi lipsesc disponibilitățile bănești pentru plata debitului la scadență. Astfel, un debitor poate deține un activ mai mare decât pasivul dar, din cauza imobilizării activului, să nu dețină și disponibilitățile/lichiditățile bănești necesare pentru a face față plăților. Un astfel de debitor este solvabil, patrimoniul lui fiind suficient pentru a acoperi datoriile, dar se află în stare de insolvență, situație în care devine necesară în interesul creditorilor o procedură concursuală pentru lichidarea datoriilor. Altfel, un debitor poate deține un pasiv mai mare decât activul dar să fie în măsură să-și achite debitele exigibile cu lichidități, situație în care există insolabilitate dar nu există insolvență. Este posibilă o astfel de situație nu numai în cazul în care debitele scadente (considerate ca făcând parte din cadrul pasivului general, mai mare, existent) pot fi acoperite prin disponibilitățile bănești (aflate în cadrul activului general, mai mare, existent) dar mai ales în contextul în care debitorul se bucură în continuare de credit, în sensul de împrumut bănesc propriu-zis dar și în sensul de încredere din partea creditorilor (credit comercial). Astfel, deși activul este mai mic decât pasivul, deci debitorul este insolabil, acesta poate să nici nu folosească activul deținut în vederea efectuării plății, ci contractează un credit în acest scop, pentru că se bucură încă de încredere.

În acest context, insolvența este apreciată, în materie comercială, diferit de insolabilitatea în materie civilă pentru faptul că în comerț elementele obiective (bunurile) sunt completate de creditul de care se bucură sau nu comerciantul, pentru siguranța activităților comerciale. În materie civilă, încrederea de care se bucură debitorul este apreciată în funcție de raportul dintre valoarea elementelor active din patrimoniul acestuia și valoarea debitelor; dacă activul este mai mare decât pasivul -

debitorul este solvabil, iar dacă situația este inversă se apreciază că debitorul este insolubil; prin urmare, în materie civilă creditul are un caracter real, raportându-se la solvabilitate (pe creditor îl interesează ca debitorul să fie solvabil). Or, în materie comercială este vorba de un caracter personal al creditului, adică de încredere, de credibilitate; activitatea comerciantului privește achiziția/producția, respectiv vânzarea de mărfuri, iar valorile rulate în contextul acestora pot depăși cu mult patrimoniul în sine al debitorului comerciant (fondul de comerț); cei care intră în raporturi cu comerciantul apreciază credibilitatea acestuia în raport cu calitățile sale de comerciant (care îi permit să obțină profit) și măsura în care își plătește debitele la scadență. Astfel, chiar dacă ar fi insolubil în materie civilă, câtă vreme debitorul comerciant se bucură de credit (de altfel, de regulă, comerciantul cumpără pe credit în vederea vânzării) și nu îi deranjează pe creditori prin nerestituirea creditului primit, solvabilitatea sau insolabilitatea lui nu îi interesează pe aceștia din urmă, deoarece ei sunt interesați în mod prioritar de plata în mod benevol a creanței lor, fără a trebui să se recurgă la procedurile legale de executare. Dar, dacă începe să se manifeste lipsa de credit, din conduita comerciantului rezultând lipsa de mijloace pentru îndeplinirea obligațiilor asumate sau recurgerea la mijloace ruinătoare sau frauduloase, este necesar să se recurgă la aplicarea legii, cel aflat în insolvență trebuind să fie supus procedurii legale de recuperare a pasivului.

În nici un caz, deci, nu trebuie să se confunde insolvența cu insolabilitatea.

Spre deosebire de insolvență, care constituie un dezechilibru financiar bazat pe lipsa de lichidități (și de credit) a debitorului, insolabilitatea constituie un dezechilibru al patrimoniului debitorului în care valoarea elementelor pasivului este mai mare decât a celor ale activului.

Pentru deschiderea procedurii nu contează deloc insolabilitatea, care poate implica doar virtual încetarea plăților, în timp ce pentru insolvență trebuie să se dovedească efectivă lipsă a disponibilităților bănești pentru plata datoriilor ajunse la scadență, independent de valoarea activului deținut, de solvabilitate sau insolabilitate, ceea ce interesează fiind neputința manifestă de plată a datoriilor.

Doar insolvența, iar nu și insolabilitatea, este în măsură să atragă deschiderea procedurii, chiar și în ipoteza prevăzută de art. 1 pct. 2

lit. c) pct. 1 din Legea nr. 85/2006, care are în vedere comerțianții care „nu dețin nici un bun în patrimoniul lor”. În textul de lege respectiv legiuitorul a urmărit în mod prioritar prin formularea menționată să indice o împrejurare în funcție de care este atrasă nu procedura generală ci procedura simplificată iar nu o pretinsă condiție de deschidere a procedurii, aceea a insolabilității totale, deoarece și în acest caz condiția legală generală pentru deschiderea procedurii rămâne tot insolvența, în baza unui alt text de lege. Nu se poate aprecia că insolvența, iar nu lipsa disponibilităților bănești ar fi, dintr-un punct de vedere, doar o parte din insolabilitatea totală, în condițiile în care și aceste disponibilități constituie tot bunuri (în esență și banii sunt tot o marfă), deoarece insolvența, ca instituție juridică are un conținut mai larg decât lipsa disponibilităților bănești. Prin urmare, în cazul în care se deschide procedura în ipoteza prevăzută de art. 1 alin. (2) lit. c) pct. 1 lipsa bunurilor se are în vedere pentru dispunerea procedurii simplificate iar nu generale, dar pentru deschiderea acesteia se are în vedere tot condiția insolvenței, în baza textelor de lege aplicabile sub acest aspect. Este fundamental greșită, așadar, opinia exprimată în doctrina juridică, în sensul că în mod excepțional, în ipoteza respectivă, insolabilitatea ar putea constitui un fundament al procedurii insolvenței în forma simplificată.

Existența stării de solvabilitate/insolvabilitate, adică a dezechilibrului dintre activ și pasiv poate influența însă/doar modalitatea procedurii ce se va aplica debitorului. Un activ ridicat ca valoare oferă și posibilitatea reorganizării (deși în practică activele suficiente pentru acoperirea creanțelor atrag adeseori aplicarea procedurii falimentului mai ales la insistența creditorilor și lichidatorului, pentru realizarea cât mai rapidă și facilă a creanțelor, respectiv, a retribuiției pentru atribuțiile îndeplinite) iar un activ redus față de pasiv nu poate susține continuarea activității și împinge debitorul către faliment, către cota falimentară, în raport cu care fiecărui creditor i se vor face distribuiri din valoarea obținută în urma valorificării bunurilor, potrivit ordinii prevăzute de legea specială, fără a fi șanse depline, de cele mai multe ori, să se acopere integral toate creanțele și nici să se susțină o reorganizare.

În cuprinsul Legii nr. 64/1995 se mai folosea și expresia „încetarea de plăți” în sens sinonim cu „insolvența”. Or, în realitate sinonimia

celor doi termeni nu era totală. Astfel, încetarea de plăți are o arie mai extinsă decât insolvența, în cuprinsul ei intrând nu numai încetarea plăților pentru lipsa mijloacelor de plată dar și refuzul de plată, în sensul că deși există disponibilitățile bănești necesare, debitorul consideră că nu datorează în tot sau în parte creanța. Prin urmare, adoptarea prin Legea nr. 85/2006 a termenului de „insolvență” a constituit și o schimbare de conținut a acestuia, nu numai de formă.

§3. Conținutul insolvenței

Aspectul definitoriu, care ține de esența insolvenței, indiferent de forma acesteia, îl constituie lipsa fondurilor bănești pentru plata datoriilor (certe, lichide și) exigibile. Sub acest aspect, nu există procedură fără insolvență și nu există insolvență fără insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor scadente.

Insolvența este o stare de fapt obiectivă, rezultând din opunerea, compararea cuantumului total al creanțelor pretinse împotriva debitorului și care îndeplinesc condițiile legale, cu sumele de bani de care dispune debitorul.

Insuficiența sau lipsa fondurilor bănești poate fi totală sau parțială în raport cu ceea ce trebuia plătit și, în orice caz, fondurile deținute nu acoperă integral suma debitelor cumulate existente. În raport cu acest din urmă aspect legiuitorul a utilizat termenul „insuficiența” iar nu și lipsa (totală) a disponibilităților, pentru că aceasta din urmă se subînțelege (în ideea că dacă mai puțin e suficient pentru a produce un efect, atunci mai mult va produce cu siguranță acel efect).

Fondurile bănești avute în vedere pot fi toate felurile de fonduri bănești ale debitorului – sumele de bani din casierie, din conturile bancare, valori mobiliare încasabile la vedere, împrumuturi (în sensul unei linii de credit sau altele similare) și efecte de comerț etc. Ele trebuie să fie disponibile pentru plată și să nu fie de proveniență ilicită, frauduloasă, sau cu efect ruinător (de exemplu, vânzarea mărfurilor în pierdere, contractarea unui împrumut cu dobânzi exorbitante, emiterea de efecte de comerț din simplă „curtoazie”), altfel se va justifica deschiderea procedurii, pentru că plățile pe această cale, din astfel de fonduri,

nu au efect de redresare ci de agravare, de degradare în plus a situației financiare a debitorului. Judecătorul sindic este îndreptățit, în cazul în care sunt indicii că ar fi necesar, să verifice în cadrul judecății proveniența fondurilor bănești utilizate de debitor pentru a-și asigura efectuarea unor plăți regulate, în raport cu rolul activ prevăzut de art. 129 C. proc. civ.

§4. Probarea insolvenței

Obiectul probei vizează, în sens larg (cel restrâns s-ar referi strict la insuficiența disponibilităților bănești, dar în concret legea nu se rezumă în privința insolvenței doar la acest aspect), condițiile care trebuie să fie îndeplinite din punct de vedere legal pentru deschiderea procedurii și anume:

1. Debitorul să facă parte din categoria prevăzută de lege (domeniul de aplicare, potrivit art. 1 din lege);

2. Existența unei creanțe certe, lichide și exigibile (exigibilitatea comportând, în mod specific, aspecte diferite, în raport cu elementul cronologic, în cazul insolvenței obișnuite, a celei prezumate sau a celei iminente) și în cuantum mai mare decât valoarea prag stabilită legal;

3. Insuficiența disponibilităților bănești.

Dacă se pot proba primele două dintre condițiile enumerate, în legătură cu cea de-a treia condiție privind insuficiența disponibilităților bănești, legiuitorul a instituit în cazul cererii introductive a creditorului, în beneficiul acestuia, prezumția că debitorul se află în stare de insolvență, că starea de insolvență a debitorului este vădită, adică este probată și sub aspectul insuficienței disponibilităților bănești. În raport cu această prezumție debitorul poate, însă, să administreze proba contrară.

În cazul insolvenței iminente, pe lângă dovada privind condiția referitoare la o creanță certă și lichidă, este necesar ca dovada privind data scadenței și a lipsei disponibilităților să vizeze un moment ulterior față de acela al cererii introductive.

Nu se poate deschide procedura împotriva unei persoane solvabile, care se bucură de credit și, mai ales, care face față plăților în mod

regulat, la termen, sub rezerva, însă, de a nu întrebuința în acest scop mijloace ruinătoare sau frauduloase. Aceasta, în ideea că starea de insolvență, inclusiv în cazul insolvenței vădite, nu înseamnă obligatoriu o situație iremediabilă, altfel nu s-ar mai putea pune nici problema redresării debitorului pe calea reorganizării judiciare.

4.1. Aspecte specifice

Starea de insolvență poate implica și alte manifestări exterioare patrimoniului debitorului. Nu numai neplata la scadență poate fi manifestarea insolvenței, aceasta din urmă putând determina și alte conduite: fuga celui aflat în stare de insolvență, închiderea întreprinderii, greve, concedieri masive, întrebuințarea de mijloace ruinătoare sau frauduloase, precum și neprezentarea debitorului în instanță, neformularea unor apărări sau nedovedirea acestora. Acestea pot, însă, constitui doar indicii în plus, dovezi în completare pentru reținerea stării de insolvență, în raport cu care încetarea plăților poate fi apreciată ca notorie, rezultând din fapte neîndoelnice etc. La fel, în cazul cererii introductive formulate de către debitor, în cazul nedepunerii unor acte, acestei situații i se poate atribui de către legiuitor valoare de „recunoaștere” a stării de insolvență.

Cu privire la unele dintre manifestările menționate este necesară aprofundarea analizei, astfel cum se va arăta în continuare.

Neplata la scadență

Faptul relevant tipic pentru starea de insolvență este neplata la scadență a datoriilor. Acestea din urmă constau, în primul rând, în obligația de a da, fie că este vorba de numerar, fie de mărfuri. Dacă obligația de a da este referitoare la mărfuri (bunuri) iar nu la o sumă de bani, poate justifica aceasta deschiderea procedurii, față de actuala definiție a insolvenței? Referitor la acest aspect trebuie avut în vedere că legiuitorul român s-a rezumat să considere drept esențială pentru insolvență doar insuficiența, lipsa disponibilităților bănești iar nu și a altor bunuri; de asemenea, a avut în vedere, în conformitate cu art. 3 alin. (1), (6) și (12),

creanțele exprimate sau exprimabile în sume de bani. Pe de altă parte, din prevederile art. 69 din lege, rezultă că în procedura insolvenței pot fi declarate și creanțe care nu sunt exprimate sub forma unei sume de bani, dar acestea vor fi, în mod obligatoriu, calculate în valoare monetară (în lei), la valoarea nominală de la data deschiderii procedurii, iar potrivit art. 72 alin. (1) și art. 74 alin. (1) din lege, atât în tabelul preliminar cât și în tabelul definitiv de creanțe se înscrie valoarea în lei a creanțelor. Prin urmare, trebuie să se facă distincțiile corespunzătoare între cerința caracterului cuantificabil în bani al creanței și, pe de altă parte, modul de exprimare al obiectului acesteia, precum și în privința acoperirii pasivului în cadrul procedurii pe calea distribuirii de sume bănești, ca regulă [dispozițiile art. 95 alin. (6) lit. E, ale art. 132 alin. (2) prevăd și posibilitatea distribuirii bunurilor debitorului către creditori dar, în fapt, o astfel de posibilitate constituie o excepție]. Aceasta înseamnă că atât în cazul cererii introductive cât și al declarațiilor de creanță ulterioare, obiectul creanțelor invocate prin acestea trebuie să fie exprimat sau să fie cuantificabil în bani, calcularea tuturor creanțelor în bani, în cadrul procedurii, fiind obligatorie. În cazul obligației de a da referitoare la bunuri, aceasta este, evident, cuantificabilă în bani, sub aspectul valorii bunurilor.

În raport cu cele arătate mai sus, nu considerăm valabilă în dreptul intern definiția pe care unii autori încă o mai dau stării de insolvență, fără să țină cont de specificul reglementării interne, în sensul că în aceasta stare se află debitorul care nu mai poate face față pasivului exigibil cu activul disponibil. Autorii în discuție au în vedere legea franceză în materia insolvenței. Potrivit acestei legi, insolvența este definită ca fiind situația de încetare de plăților, în care debitorul nu mai poate face față pasivului exigibil cu activul disponibil. Legea nr. 85/2006 definește insolvența în mod diferit, cu consecințe specifice – de exemplu, în legea română nu se mai acceptă exonerarea debitorului în baza refuzului (justificat) de plată. Sub aspect general, din pasivul exigibil, respectiv, din activul disponibil pot face parte mai multe elemente decât creanțele, respectiv, disponibilitățile bănești. O definiție a insolvenței ca aceea redată anterior este valabilă în măsura în care reglementarea legală are în vedere nu numai disponibilitățile bănești, ci întregul activ disponibil, incluzând nu numai sumele de bani disponibile ci multitu-

dinea activelor realizabile imediat sau pe termen scurt (efectele de comerț cu termen scurt, valori mobiliare cotate etc.). Legea franceză are în vedere în mod expres „activul disponibil” și, prin urmare, o astfel de definiție poate fi perfect valabilă potrivit legii franceze, dar nu și în raport cu reglementarea română, care în definirea insolvenței nu are în vedere „activul disponibil” integral ci doar disponibilitățile bănești (insuficiența acestora) existente în casierie, soldul creditor al conturilor etc.

Refuzul de plată

Procedura insolvenței nu se deschide decât dacă debitorul se află în stare de insolvență. Debitorul aflat în stare de insolvență nu plătește nu pentru că nu vrea ci pentru că nu poate să plătească (nu are cu ce anume). Definiția insolvenței din Legea nr. 85/2006 nu mai permite, nu mai face referire la refuzul de plată, ca element intențional, cum se făcea în Legea nr. 64/1995, deoarece practic nu are relevanță pentru deschiderea procedurii motivul pentru care debitorul nu plătește ci doar dacă se află sau nu în stare de insolvență (prin urmare, reglementarea expresă anterioară privind refuzul de plată avea un caracter suplimentar). Chiar și ceea ce se invocă în susținerea refuzului de plată nu are relevanță în sine ci poate constitui obiectul analizei pe condiția de fond privind existența sau nu a creanței.

*

Deschiderea procedurii se va dispune chiar dacă debitorul se găsește doar într-o imposibilitate trecătoare de a face plăți. De altfel, despre ce caracter „trecător” ar putea fi vorba când imposibilitatea durează cele 30 de zile la care face referire expresă art. 3 alin. (1) lit. a), la care se adaugă perioada dintre data cererii introductive și momentul judecății acesteia, în care trebuie să se fi menținut lipsa disponibilităților; imposibilitatea trecătoare de plată trebuie dovedită a se fi remediat într-un termen rezonabil, pe care legiuitorul l-a și asigurat în cuprinsul legii. Practic, perioada de timp astfel scursă indică o stare durabilă, iar nu doar trecătoare. Deschiderea procedurii se face pentru o insolvență actuală, cu excepția insolvenței iminente. Nu este obligatoriu, însă, ca lipsa disponibilităților să fie iremediabilă.

Pe de altă parte, nu este cazul să se recurgă la procedura insolvenței în scopul intimidării unui debitor care refuză plata, indiferent de buna sau rea credință a acestuia sau în alt scop decât acela prevăzut de art. 2 din lege.

În raport cu actuala reglementare a condițiilor obiective de intrare în procedură nu este cazul să se mai facă nici vreo distincție între încetarea plăților și suspendarea lor. În reglementarea Codului comercial se considera că încetarea plăților nu este 100% relevantă pentru starea de insolvență, putând fi vorba și de un refuz de bună credință sau de un dezechilibru financiar or suspendare temporară a plăților, astfel că nefiind vorba de o situație permanentă, nu se poate reține existența insolvenței. Oricum, procedura se deschide pentru o insolvență actuală iar nu pentru una trecută.

Pe de altă parte, s-a susținut că încetarea plăților ar implica o stare ireversibilă, incompatibilă cu „redresarea”, astfel că încetarea plăților ar trebui înlocuită cu suspendarea plăților, ceea ce ar sugera ideea unei stări temporare, de natură să permită reluarea plăților în baza desfășurării procedurii insolvenței. Or, acestea sunt aspecte subiective, care nu înlătură aspectele obiective de esență insolvenței și, de altfel, chiar dispozițiile Legii nr. 85/2006 reglementează procedura reorganizării judiciare, în scopul redresării debitorului.

Mărturisirea debitorului

Mărturisirea (recunoașterea) este prevăzută ca mijloc de probă în Codul civil. Omisiunea prevederii ei în mod expres ca mijloc de probă în Codul de procedură civilă reprezintă o anomalie din punct de vedere juridic.

Debitorul susține, practic, în cazul cererii introductive pe care o formulează, că s-ar afla în insolvență, adică într-o situație patrimonială care nu îi permite să îi plătească pe creditorii; aceasta, inclusiv în ipoteza insolvenței iminente, în care, deși nu a refuzat încă să facă vreo plată, situația patrimonială în discuție este una anticipată, proiectată în viitor. După cum vom mai arăta și ulterior, în secțiunea privind analiza dispozițiilor art. 28 alin. (2) din lege, o astfel de susținere în cererea introductivă a debitorului nu constituie în sine o recunoaștere propriu-zisă, ci

a fost ridicată doar anterior de către legiuitor la această valoare. Oricum, mărturisirea trebuie să aibă o acoperire în documentele contabile, care, de altfel, trebuie obligatoriu să însoțească cererea. Prin urmare, în acest context mărturisirea nu poate fi considerată, de regulă și sub aspect juridic, drept o probă suficientă a insolvenței, inclusiv în cazul cererii debitorului.

Nu suntem de acord cu opinia exprimată în doctrina juridică în sensul că „prin cererea debitorului acesta recunoaște (în sensul propriu-zis) starea de insolvență și, practic, nu mai este nimic de dovedit”. Aceasta, în primul rând deoarece recunoașterea ar putea fi nesinceră (urmărind blocarea altor demersuri ale creditorilor în realizarea creanțelor împotriva debitorului, înlăturarea controlului acționarilor asupra societății etc.) și astfel s-ar gira unele demersuri frauduloase din partea debitorului.

În opinia criticată se mai reține că într-un astfel de caz se poate face dovada contrară recunoașterii, astfel: 1) creditorii ar avea la îndemână opoziția prevăzută de art. 32 alin. (2) din lege; 2) creditorii, cât și alte persoane interesate, cum ar fi acționarii debitorului, ar putea face cerere de intervenție în interes propriu; 3) orice persoană interesată ar putea face recurs împotriva unei încheieri dată într-o procedură necontencioasă, așa cum este aceea declanșată la cererea debitorului, conform art. 336 alin. (3) C. proc. civ.

Or, este adevărat că creditorii au posibilitatea formulării opoziției, dar în raport cu prevederile art. 149 din lege nu considerăm că, de regulă, dispozițiile din dreptul comun privind formularea cererii de intervenție ar fi compatibile cu dispozițiile legii insolvenței sau, cel puțin, că legiuitorul ar fi avut în vedere posibilitatea formulării unor cereri de intervenție în interes propriu în judecata cererii introductive formulate de debitor. Opinia în discuție comportă o contradicție în termeni: se susține caracterul necontencios al judecării cererii debitorului, dar nu se observă că reținându-se posibilitatea formulării, în cadrul acesteia, a unor cereri de intervenție, judecata capătă caracter contencios, ceea ce ar însemna, în aplicarea art. 335 C. proc. civ., că ar trebui respinsă cererea introductivă pentru acest motiv. Practic, orice cerere introductivă a debitorului ar putea fi înlăturată astfel, dar evident interpretarea legii speciale potrivit opiniei în discuție este în sensul

neaplicării iar nu al aplicării acesteia, astfel că opinia nu poate fi apreciată ca valabilă. De asemenea, dispozițiile legii speciale prevăd în mod expres pentru creditorii posibilitatea formulării opoziției, iar aceste dispoziții ar fi lipsite de conținut dacă s-ar putea formula de creditor, anterior, o cerere de intervenție; înlocuirea unui act de procedură prevăzut de legea specială cu altul, prevăzut de dreptul comun este contrară principiului *specialia derogant generalibus*. Avem rezerve și în legătură cu compatibilitatea dispozițiilor art. 336 alin. (3) C. proc. civ. în raport cu Legea nr. 85/2006, considerând că nu orice persoană interesată poate face recurs împotriva hotărârii prin care s-a soluționat cererea debitorului, dacă nu a fost parte la judecata în primă instanță (dar poate formula cerere de intervenție într-un recurs formulat de o persoană având calitate procesuală activă în acest sens). Aceasta, în condițiile în care cel puțin în etapa respectivă, potrivit Legii nr. 85/2006 procedura are legătură cu debitorul și, cel mult, cu creditorii, dar chiar pentru aceștia din urmă legiuitorul a prevăzut nu recursul, ci opoziția. Dacă s-ar accepta, ca regulă, posibilitatea formulării cererilor de intervenție, principiul celerității procedurii nu ar mai putea fi respectat, cu siguranță.

De asemenea, tot referitor la insuficiența mărturisirii ca probă, recunoașterea debitorului poate interveni și în cazul cererii introductive a creditorilor, ipoteză în care se prevede, însă, clar că aceștia trebuie să-și dovedească creanța, iar insolvența, în sens restrâns, este prezumată și, prin urmare, mărturisirea nu ar avea același regim în cele două cazuri. În plus, așa cum am mai arătat, pe ce s-ar baza, împotriva a ce ar fi îndreptată (ca motivare) opoziția creditorilor, doar împotriva recunoașterii debitorului?

Principalul argument în sensul discutat este însă formularea textelor art. 27 și 28 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 (în care nu se face referire la recunoaștere și, respectiv, se prevede obligativitatea depunerii actelor contabile) și mai ales conținutul art. 28 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 în formularea inițială a acesteia, în raport cu care abia nedepunerea vreuneia dintre informațiile cerute potrivit alin. (1) era considerată de legiuitor o recunoaștere a stării de insolvență. În rest, legiuitorul a avut în vedere declararea intenției de reorganizare de către debitor, care, însă, are mai puțin o relevanță probatorie a insolvenței, cât are o rele-

vanță procedurală, în privința modalității procedurii de urmat, iar formularea menționată nu implica și o apreciere concretă a legiuitorului în sensul că ar fi vorba de o recunoaștere propriu-zisă ci prevedea că în cazul nedepunerii unor acte cererea introductivă a debitorului „va fi considerată o recunoaștere a stării de insolvență a patrimoniului”. Oricum, prin Legea nr. 277/2009 dispozițiile art. 28 alin. (2) au fost modificate în sensul că dacă debitorul nu dispune, la momentul înregistrării cererii introductive, de vreuna dintre informațiile prevăzute la alin. (1) lit. a)-f) și h), va putea înregistra acea informație la tribunal în termen de 5 zile, iar dacă nu o va face, va fi decăzut din dreptul de a propune un plan de reorganizare. În raport cu această modificare, a fost înlăturată formularea expresă din textul de lege care ridica problema eventualei interpretări la nivelul unei prezumări a recunoașterii stării de insolvență de către debitor, în condițiile în care, de altfel simpla idee a prezumării unei probe (cum este recunoașterea) era discutabilă. Desigur, indiferent de această modificare, s-ar putea susține în continuare, în contextul opiniei criticate, că recunoașterea stării de insolvență se face prin chiar formularea cererii introductive de către debitor, dar după cum am arătat, din economia dispozițiilor Legii nr. 85/2006 rezultă că starea de insolvență trebuie dovedită, cel puțin în raport cu anumite acte, indiferent de titularul cererii introductive, iar recunoașterea nu poate fi reținută ca o probă suficientă, eventuala ei luare în considerare putând justifica cel mult inutilitatea unei probe cu interogatoriu. Spre deosebire de prezumția instituită potrivit art. 3 pct. 1 lit. a), care privește doar una dintre condițiile a căror îndeplinire trebuie dovedită pentru existența insolvenței și se justifică prin faptul că titularul creditor al cererii introductive nu are acces la evidențele contabile ale debitorului pentru a susține insuficiența disponibilităților bănești ale acestuia, iar debitorul are posibilitatea administrării probei contrare, în cazul propriei cereri introductive debitorul este în măsură pe deplin să probeze toate condițiile cerute de lege pentru existența stării de insolvență, nejustificându-se vreo prezumare a acestei stări.

Deschiderea procedurii va interveni în cazul cererii debitorului și fără prezența creditorilor, dar cei interesați dintre aceștia vor putea face opoziție, putând dovedi că a fost vorba de o eroare a debitorului sau de intenția acestuia, prin formularea cererii, de fraudare a creditorilor.

Anterior, sub imperiul Codului comercial, debitorul avea posibilitatea de a se adresa creditorilor urmărind să obțină reducerea debitului printr-un concordat sau o rescadențare.

*

Mijloacele de probă pentru dovedirea îndeplinirii condițiilor legale de deschidere a procedurii și implicit a manifestărilor exterioare, nu sunt avute în vedere expres, cu acest titlu de către legiuitor în cuprinsul Legii nr. 85/2006, în afară de prezumția din art. 3 alin. (1) lit. a). În raport cu prevederile art. 149 din lege și dreptul comun, pot fi avute în vedere ca mijloace de probă înscrisurile, expertizele etc. Nu sunt încuviințate adeseori în practica judiciară proba cu martori, interogatoriul, în primul rând pentru nota de subiectivitate pe care o pot induce. În cuprinsul lucrării, la analiza fiecărei condiții legale de deschidere a procedurii se vor mai face referiri la mijloacele de probă, cu indicarea, inclusiv, a unor aspecte specifice în contextul respectiv.

Secțiunea 2. Categorii ale insolvenței

§1. Insolvența de gen

Dispozițiile art. 3 alin. (1) parag. 1 din Legea nr. 85/2006 definesc în mod generic insolvența, pe baza elementului esențial – fondurile bănești disponibile, deci definesc genul acestei instituții juridice. Lipsa unei raportări exprese la elementul timp în cuprinsul definiției nu exclude, ci dimpotrivă, implică o astfel de raportare în procesul de aplicare practică a definiției respective. Cu alte cuvinte, chiar dacă definiția nu exprimă expres, la trecerea ei din domeniul abstract în cel concret va apare în mod inerent și delimitarea în timp a situației definite. Prin urmare, în procesul de aplicare, dispozițiile art. 3 alin. (1) parag. 1 trebuie înțelese în sensul că insolvența reprezintă insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor exigibile, intervenită la un moment dat și anume, la momentul rezultând din chiar formularea textului de lege, acela al scadenței datoriilor (creanțelor). Astfel, definiția de gen a insolvenței trebuie avută în vedere în plan

practic drept insolvența în sens obișnuit („insolvența”), insolvență care este actuală, intervenită la momentul scadenței, când intervine și neplata și insuficiența disponibilităților bănești, în raport cu acestea putându-se stabili data intervenirii insolvenței. În acest context, subliniem că nu suntem de acord cu opiniile exprimate în doctrina juridică în sensul că dispozițiile Legii nr. 85/2006 lasă nereglementată insolvența actuală; după cum am arătat, insolvența actuală poate fi în mod facil definită în raport cu prevederile existente în lege, chiar dacă nu este vorba de o definiție expresă ci de una implicită, pe cale de interpretare, care poate să rămână neobservată doar din comoditate și superficialitate. Nu este valabilă nici susținerea în sensul că, fie în cazul cererii creditorului fie a debitorului, nu se poate ști momentul în care a apărut efectiv insolvența ci numai momentul în care aceasta a fost relevată. Primul dintre aceste momente poate fi stabilit, după cum am mai arătat. Faptul că creditorul observă insolvența ca stare de fapt ulterior apariției ei, că debitorul are 30 de zile pentru a formula cererea introductivă, ca și creditorul, care are obligația de a lăsa să treacă cele 30 de zile și, de asemenea, că judecata privind existența insolvenței se finalizează și mai târziu, nu înseamnă negarea reglementării insolvenței actuale. Practic, atât în cazul dispozițiilor art. 3 pct. (1) lit. a) cât și ale art. 27 alin. (1) din lege nu avem de a face cu altceva decât cu insolvența actuală la care se adaugă termenele de 30 de zile menționate, termene care sunt relevante, însă, doar sub aspect procedural.

Dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. a), respectiv, lit. b) din lege fac distincție între categoria (specia) insolvenței prezumată ca fiind vădită și, respectiv, categoria insolvenței iminente, definindu-le pe fiecare. Criteriul de diferențiere între cele două categorii se referă la exigibilitate, raportată în plan cronologic sau, altfel spus, la momentul neplății la scadență. Astfel, insolvența prezumată ca fiind vădită implică nu numai împlinirea termenului de scadență ci și scurgerea ulterioară a unui termen de cel puțin 30 de zile de la data scadenței, în timp ce în cazul insolvenței iminente nici măcar termenul de scadență nu este împlinit, dar se probează faptul că la împlinirea acestuia, în viitor, creanța nu va putea fi plătită cu sumele disponibile care vor exista la acel moment. Prin urmare, în cazul insolvenței iminente, la deschiderea procedurii creanța nu este exigibilă și cu atât mai mult nu au trecut și cele 30 de zile.

Aparent, fără explicațiile de mai sus astfel cum vor fi dezvoltate în continuare, din dispozițiile menționate nu rezultă că legiuitorul ar fi urmărit să definească insolvența obișnuită în raport cu elementul cronologic, adică chiar insolvența deja intervenită, actuală. În plus, este și greu de ales, în fapt, o denumire adecvată pentru insolvența respectivă, în condițiile în care reglementarea legală românească nu are în vedere în mod expres, la deschiderea procedurii, stabilirea datei apariției insolvenței, cum avea reglementarea Codului comercial sau cum au alte reglementări naționale. În mod obișnuit, data la care intervine efectiv insolvența este data scadenței, pentru că la acea dată intervine lipsa disponibilităților bănești și, din cauza acesteia intervine și neplata debitului, dar pentru introducerea cererii de deschidere, în cazul în care titularul acesteia este creditorul, legiuitorul a prevăzut și condiția curgerii în plus a unui termen de 30 de zile de la data scadenței.

După cum s-a arătat în raport cu dispozițiile art. 3 alin. (1) parag. 1, trebuie avută în vedere egalitatea dintre insolvența ca definiție de gen cu insolvența actuală, intervenită („insolvența” obișnuită), chiar dacă nu este vorba de o definire expresă ci de una implicită cu privire la această insolvență. Pentru lămurirea sub acest aspect trebuie avut în vedere și că insolvența obișnuită, ca și cele două specii ale insolvenței la care se referă art. 3 alin. (1) lit. a) și b), sunt vizate de legiuitor în mod expres în raport cu formularea cererii introductive pentru deschiderea procedurii de către creditor, respectiv de către debitor, totodată cu utilizarea termenului generic de insolvență în cuprinsul legii. În cazul creditorului, legiuitorul are în vedere în mod expres doar insolvența prezumată ca fiind vădită [art. 31 alin. (1)]. În cazul cererii introductive a debitorului, potrivit art. 27 din lege, prin aceasta se poate invoca insolvența (obișnuită) și insolvența iminentă, niciodată, însă, și insolvența prezumată ca vădită.

Aspecte similare insolvenței obișnuite și tuturor speciilor de insolvență, referitor la creanță, sunt caracterul cert și lichid al acesteia. În ceea ce privește caracterul exigibil al creanței, termenul de 30 de zile prevăzut de art. 27 alin. (1) are alt sens decât cel prevăzut de art. 3 alin. (1) lit. a), în sensul că nu indică exigibilitatea la 30 de zile. În cazul insolvenței iminente, exigibilitatea la 30 de zile este înlocuită cu proiecția în viitor a scadenței. În cazul cererii introductive a debitorului, pentru

insolvența obișnuită exigibilitatea nu mai e prevăzută după un termen de 30 de zile. În cazul insolvenței prezumată ca fiind vădită se adăugă prezumția de insolvență vădită (probată), fără a se cere creditorului să probeze efectiv și insolvența sub aspectul esențial, acela privind insuficiența disponibilităților bănești.

Dacă de la data cererii introductive a debitorului prin care s-a invocat insolvența iminentă, până la momentul judecării cererii insolvența a intervenit deja (adică, a intervenit neplata la scadență), atunci la acest din urmă moment judecătorul sindic va reține existența insolvenței obișnuite, actuale. Reiterăm faptul că în acest caz, prevăzut de art. 27 alin. (1), termenul de 30 de zile, spre deosebire de cel prevăzut pentru cererea introductivă a creditorului, nu se adaugă condiției exigibilității, debitorul nefiind obligat să aștepte împlinirea lui pentru a formula cererea, ci dimpotrivă trebuie să formuleze cererea în interiorul acestuia, în principiu, cât mai devreme. Prin urmare, în contextul insolvenței actuale, debitorul poate și trebuie să indice și data la care s-a instalat insolvența (data scadenței). Creditorul nu poate indica în cererea sa introductivă, de regulă, decât aspectele legate de creanța sa, iar nu și pe cele privind patrimoniul debitorului, referitor la insuficiența disponibilităților bănești, deci practic nu poate indica o dată a insolvenței, certă în raport cu toate elementele insolvenței.

§2. Insolvența prezumată ca fiind vădită [art. 3 alin. (1) lit. a)]

Este categoria de insolvență cea mai frecventă în reglementarea actuală, fiind specifică (exclusiv) cererilor introductive ale creditorilor, care, la rândul lor, sunt cele mai frecvente dintre cererile introductive.

Potrivit art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 85/2006 insolvența este prezumată ca fiind vădită atunci când debitorul, după 30 de zile de la scadență nu a plătit datoria sa față de unul sau mai mulți creditori.

Simplel fapt al neachitării de către debitor a unei creanțe existente împotriva lui, având caracterul prevăzut de art. 3 alin. (6) (cert, lichid și exigibil de 30 de zile de la scadență) conferă creditorului dreptul de a cere deschiderea procedurii, fără a avea relevanță motivul pentru care nu s-a efectuat plata. De la data scadenței termenul de 30 de zile curge

de drept, fără a fi necesară vreo formalitate prealabilă, cum ar fi punerea în întârziere, procedura concilierii prevăzută de art. 720¹ C. proc. civ. etc.

De asemenea, curgerea termenului de 30 de zile trebuie să intervină față de fiecare parte (creanță) distinctă din creanța totală invocată de creditor prin cererea introductivă. Pentru creanțele altor creditori decât titularul cererii introductive nu se pune problema îndeplinirii acestei cerințe; nu trebuie confundat, însă, acest termen cu termenul de scadență în sine, în raport cu care declarațiile de creanță pot privi doar creanțele anterioare (datei) deschiderii procedurii, în cazul în care scadența intervine după deschiderea procedurii, fiind vorba de creanțe ulterioare, născute în timpul procedurii, pentru care este prevăzut un regim juridic adecvat, de la caz la caz (creanțe născute din executarea contractelor aflate în derulare la data deschiderii procedurii, din aplicarea unui plan confirmat etc.).

Termenul în discuție a fost prevăzut de către legiuitor pentru a preveni posibilitatea deschiderii procedurii în ipoteza în care debitorul nu plătește pentru că se află într-o imposibilitate doar temporară de plată. Prin urmare, față de debitor, beneficiul acestui termen este acela de a întârzia depunerea cererii introductive la un moment ulterior celui al neplății la scadență. În acest sens, după neplata la scadență de către debitor, creditorul ar trebui să aștepte 30 de zile înainte de a introduce cererea introductivă. În practică, însă, beneficiul respectiv al debitorului, nu este de obicei resimțit, sesizabil. Astfel, teoretic judecătorul sindic ar putea respinge ca fiind prematură (sau ca inadmisibilă, din moment ce este vorba de o lege prin care se reglementează o procedură și de nerespectarea unui element al acesteia), o cerere introductivă formulată mai devreme de împlinirea termenului de 30 de zile, dar de regulă între data introducerii cererii (când în lipsa unei dispoziții corespunzătoare de procedură nu se poate verifica cererea și eventual respinge ca prematură) și primul termen stabilit pentru judecata acesteia, la care judecătorul sindic ar putea efectiv aplica sancțiunea prematurității cererii, termenul de 30 de zile se și împlinește, astfel că odată ce la termenul de judecată este îndeplinită condiția exigibilității la 30 de zile, nu se mai justifică reținerea prematurității cererii ci a stării de insolvență actuală, cu consecința deschiderii procedurii. Recurgerea la o interpretare în sensul că la momentul judecății ar trebui să se rețină

că la data cererii introductive trebuie apreciată ca îndeplinită condiția împlinirii termenului de 30 de zile este improprie, în condițiile în care insolvența trebuie să existe (și) la momentul judecării cererii introductive.

Pentru cazul în care se probează neplata unei creanțe certe, lichide și exigibile de 30 de zile de la scadență, potrivit dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 85/2006, legiuitorul instituie prezumția în sensul că debitorul se află în stare de insolvență vădită (sau, textual, „insolvența este prezumată ca fiind vădită”). Aceasta înseamnă că creditorul nu trebuie să probeze, în cererea introductivă și insuficiența disponibilităților bănești în patrimoniul debitorului (ca element de esență al insolvenței), ceea ce este pe deplin justificat, deoarece administrarea unei astfel de dovezi ar presupune practic, accesul creditorului la evidența contabilă a debitorului, la conturile acestuia etc. pentru a afla care este motivul pentru care nu i-a fost plătită creanța la scadență, ceea ce este practic imposibil de cele mai multe ori. Proba este oferită de legiuitor prin prezumția pe care o instituie ca mijloc de probă, în sensul prezumării insolvenței ca fiind dovedită, certă, manifestă, clară, adică este vădită. În doctrina juridică, unii autori au apreciat că în formularea „prezumată ca fiind vădită” s-ar face o alăturare inacceptabilă a termenului prezumat = presupus, cu acela de vădit, în ideea că ceea ce este vădit nu poate fi și presupus, și nici invers; în context juridic apreciem, însă, că nu este cazul să se rețină o greșeală a legiuitorului în raport cu dicționarul explicativ al limbii române. În cazul cererii introductive a debitorului acesta probează atât creanțele existente împotriva sa cât și lipsa disponibilităților bănești. Dacă a fost vorba de cererea introductivă a creditorului, debitorul poate face proba contrară, în sensul că are suficiente disponibilități bănești. În doctrină s-a apreciat că în proba contrară ar intra și dovada plății la timp de către debitor a unor datorii către salariați, fisc, furnizori etc. Or, o astfel de dovadă ar fi relevantă dacă s-ar reține în definirea insolvenței încetarea plăților, dar în baza definiției actuale a insolvenței [art. 3 alin. (1)] poate fi vorba și doar de insuficiența disponibilităților bănești, nu obligatoriu de lipsa lor totală. Prin urmare, chiar dacă sunt plătiți unii creditori dar mai rămâne cel puțin unul dintre aceștia cu o creanță valabilă care nu poate fi acoperită cu disponibilitățile bănești deținute de debitor, se va deschide

procedura, pentru că orice parte din disponibilitățile existente se poate raporta la orice parte din creanțe. În contextul acestei din urmă aprecieri ar fi mai potrivit să se discute despre creanțele împotriva debitorului ca despre „pasivul exigibil”. Dar nici măcar după deschiderea procedurii, în derularea efectivă a acesteia nu se are în vedere întregul pasiv exigibil ci doar acela care va fi și pretins de către creditori (cu mențiunea că orice creanță, indiferent de natura ei, poate fi invocată în vederea înscrierii în tabloul creditorilor), iar din acesta va rămâne de acoperit pasivul menționat în tabloul obligațiilor debitorului.

Raportând dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. a) la cele ale art. 31 alin. (1) și, respectiv, ale art. 27 din Legea nr. 85/2006, rezultă că insolvența vădită este prezumată doar în cazul cererii introductive a creditorului, iar nu și a debitorului. Dispozițiile art. 27 fac vorbire doar despre „insolvență” iar nu despre o „insolvență prezumată ca fiind vădită”, iar cei doi termeni nu sunt sinonimi, nici dacă se dă la o parte ideea de prezumție din art. 3 alin. (1) lit. a), într-un caz trebuind să se împlinească termenul de 30 de zile, în timp ce în celălalt caz în interiorul termenului respectiv, cât mai devreme, trebuie formulată cererea introductivă de către debitor. În consecință, în cazul cererii debitorului, acesta din urmă va trebui să facă și dovada insuficienței disponibilităților bănești, proba în acest sens fiindu-i accesibilă, în raport cu propria evidență contabilă, conturi etc. – existând, de altfel și obligația procedurală de a atașa cererii actele contabile relevante. Probarea insuficienței disponibilităților bănești trebuie făcută în mod corespunzător și în cazul în care debitorul invocă insolvența iminentă prin cererea lui, neexistând dispoziții legale care să justifice un regim juridic distinct de cel aplicabil în cazul în care se invocă insolvența obișnuită de către debitor.

Sub aspectul naturii juridice este vorba de o prezumție legală relativă (*juris tantum*), deci este prevăzută expres de către legiuitor și poate fi răsturnată pe calea unei probe contrare (debitorul putând proba că în realitate ar deține suficiente disponibilități bănești).

În doctrină s-a apreciat drept „excesivă și pleonastică” prezumția în discuție. Nimic mai eronat. În primul rând opinia respectivă nu are în vedere formularea reală din textul de lege („insolvența este prezumată ca fiind vădită”) ci formularea „insolvență vădit prezumată” care este

reținută în urma aprecierii unei egalități nejustificate între termenul de „insolvență prezumată” și cel de „insolvență vădită prezumată”. În realitate, formularea din textul legii este riguros valabilă în raport cu scopurile urmărite de legiuitor, sub două aspecte:

1) Prin dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. a), respectiv, lit. b) se urmărește clasificarea insolvenței în insolvență prezumată ca vădită, respectiv, insolvență iminentă.

2) Formularea din art. 3 alin. (1) lit. a) include și aspectul prezumării ca vădită referitor la insolvență (având de a face, deci, cu o prezumție de insolvență vădită care, în raport cu sensul termenului „vădit” din Dicționarul Explicativ al Limbii Române, trebuie înțeleasă ca fiind insolvența dovedită, clară, certă, manifestă).

§3. Insolvența iminentă [art. 3 alin. (1) lit. b)]

Potrivit art. 3 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 85/2006 insolvența este iminentă atunci când se dovedește (pe baza unor fapte, împrejurări) că debitorul nu va putea plăti ulterior, la scadență datoriile exigibile angajate, cu fondurile bănești disponibile la data scadenței. Este vorba, deci, de o situație viitoare a patrimoniului debitorului, o proiecție în perioada imediat următoare, pentru remedierea căreia legiuitorul a apreciat că debitorul poate cere deschiderea procedurii.

În raport cu cele arătate la secțiunea privind insolvența prezumată ca vădită, insolvența iminentă nu constituie chiar antonimul acesteia, cum s-a mai apreciat într-o opinie în doctrină. Astfel, nu numai că pentru insolvența iminentă nu mai este prevăzută prezumția în sensul de a fi „vădită” (probată), ci deosebirea pornește, așa cum s-a arătat, de la momentul exigibilității creanțelor, în cazul celei iminente fiind vorba de o proiecție în viitor a acesteia.

În opinia menționată se mai reține că referitor la creditorul îndreptățit să formuleze o cerere introductivă legea nu prevede nimic pentru situația în care insolvența debitorului este iminentă și că creditor îndreptățit în sensul respectiv poate fi și acela care dovedește caracterul cert și lichid al creanței iar sub aspectul exigibilității dovedește o insolvență iminentă. Aceasta din urmă nu este prezumată, situație în care credito-

rul care o va invoca prin cererea introductivă trebuie, potrivit art. 1169 C. civ. să o dovedească, în condițiile în care insolvența iminentă presupune o creanță încă neexigibilă. Analiza economică în raport cu care se poate dovedi insolvența necesită date economice despre debitor, pe care acesta i le poate da benevol creditorului, dar altfel, dacă se opune, legea nu prevede ce demersuri ar putea fi efectuate de creditor pentru a afla acele date. Se mai consideră în opinia în discuție că atunci când formulează o cerere introductivă bazată pe insolvență iminentă creditorul trebuie să nu îi creeze debitorului prejudicii de imagine sau de ordin material, deși legea nu prevede sancționarea creditorului care le-ar produce cu rea-credință sau atragerea răspunderii creditorului în acest caz (cauțiunea prevăzută în lege doar în procent de 10 % nu este suficientă). Autorul opiniei propune ca în baza art. 149 din Legea nr. 85/2006, răspunderea să intervină în baza art. 723 C. proc. civ., pentru exercitarea abuzivă a drepturilor procesuale și în baza art. 998, 999 C. civ., ca răspundere civilă delictuală (cu mențiunea că dacă creditorul a somat debitorul să îi dea datele contabile și acesta nu s-a conformat, nu se mai poate invoca art. 723 C. proc. civ.).

Or, în ceea ce ne privește, considerăm că legiuitorul nu are în vedere creditorul îndreptățit să formuleze cererea introductivă și pentru ipoteza insolvenței iminente, deoarece potrivit dispozițiilor exprese ale art. 31 alin. (1) din lege posibilitatea în sensul respectiv este prevăzută expres doar pentru debitor, în timp ce pentru creditor este prevăzută expres doar insolvența prezumată ca vădită. Este adevărat că legea prevede prezumția doar în cazul insolvenței vădite iar nu și în cazul celei iminente dar opinia în sensul arătat anterior este complet eronată. Dispozițiile art. 31 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 prevăd în mod clar că de către creditor se poate formula cerere introductivă pentru deschiderea procedurii doar împotriva unui debitor prezumat în insolvență, adică, în raport cu art. 3 alin. (1) lit. a); creditorul poate invoca doar insolvența vădită, iar nu și pe aceea iminentă. Doar în cazul cererii introductive a debitorului, acesta poate invoca atât insolvența obișnuită (fără să beneficieze de prezumție) cât și insolvența iminentă, după cum rezultă expres din prevederile art. 27 alin. (1) și (2). În consecință, întreaga discuție dezvoltată în opinia menționată este fundamentată pe o ipoteză nereală. Până nu se ajunge la termenul de scadență, creditorul

nu are nici un drept să intervină pentru recuperarea creanței și, prin urmare nu poate avea beneficiul deschiderii procedurii pentru o insolvență iminentă. De asemenea, mijloacele de prevenție a încetării de plăți constituie o altă ipoteză de lucru.

Autorul opiniei în discuție inventează în aceeași lucrare, în contextul ipotezei prevăzute de art. 32 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 și o pretinsă „insolvență prematură”, care ar însemna o situație de „antecameră” a insolvenței, de „germinare” a acesteia, din care apoi se trece la insolvența iminentă sau direct la insolvența propriu-zisă, dacă evoluția debitorului, în cadrul procedurii rămase deschise se îndreaptă în acest sens. Or, dispozițiile respective se referă în realitate la prematuritatea cererii de deschidere a procedurii (iar nu a insolvenței), ideea de insolvență prematură nefiind avută în vedere nicidecum de către legiuitor în legea insolvenței.

Secțiunea a 3-a. Mecanismul apariției insolvenței

Indiciile certe ale apariției stării de insuficiență a lichidităților încep cu degradarea activității debitorului din punct de vedere economic, situație în care acesta nu mai are profit, deoarece cheltuiește mai mult decât veniturile pe care le obține.

Pe acest fond datoriile depășesc activul pe termen scurt, ceea ce constituie o degradare financiară a debitorului. Din moment ce lichiditățile nu mai acoperă datoriile exigibile, debitorul nu mai poate să efectueze plățile scadente. Situația poate căpăta tendințe de permanentizare și aprofundare indicând instituirea unui dezechilibru financiar. O astfel de evoluție poate rezulta la verificarea debitelor și disponibilităților pe termen scurt, a ritmului termenelor de încasare a veniturilor, respectiv, de plată a debitelor, din balanțele lunare, ținându-se cont că nu orice proiecție a obținerii de profit în viitor se va dovedi neapărat reală. Dacă în raport cu analiza situației debitorului asupra șanselor acestuia de derulare a activității cu profit, pentru a exista posibilitatea acoperirii cheltuielilor, concluziile sunt în sensul previzionării unei lipse de disponibilități bănești permanentizată (iar nu doar tem-

porară, care poate fi rezolvată sau evitată), fără să se identifice și mijloacele de contracarare a ei la acel moment, atunci se impune ca debitorul să recurgă la cererea introductivă din timp, invocând insolvența iminentă.

Decelarea riscurilor de instalare a insolvenței iminente presupune, așadar, o analiză obiectivă complexă, cu care se pot intersecta și unele aspecte subiective: debitorul este mai curând reticent în a-și recunoaște riscul de insolvență; o proiecție în viitor a apariției unei stări de insolvență poate fi în realitate o falsă alertă, pentru că poate fi depășită în realitate; debitorul nu vrea să riște să declanșeze prematur formularea cererii introductive pentru că aceasta i-ar atenua șansele de redresare sau ar duce la atragerea răspunderii sale. Un aspect important în analiza respectivă îl constituie modul în care debitorul își finanțează activitatea. Ideală ar fi finanțarea din surse proprii, dar foarte puține întreprinderi (în general doar cele mari) au această posibilitate. Debitorul trebuie să urmărească, cel puțin, asigurarea unui echilibru între sursele proprii și cele externe de finanțare. A se miza doar pe surse externe ar însemna, în ceea ce privește lipsa de lichidități bănești, că nu este sub semnul întrebării dacă, ci doar când va apare aceasta, indiferent de incompetență sau reaua-credință a reprezentanților debitorului. Dependența de fondurile externe subordonează debitorul voinței creditorilor respectivi, intereselor acestora, care sunt diferite, de cele mai multe ori, de cele proprii.

În cazul insolvenței vădite, debitorul se află într-o stare acută și clară de lipsă de disponibilități, care nu mai este doar temporară ci persistentă, cu tendință de agravare și devine evidentă pentru oricine din moment ce debitorul nu mai plătește furnizorii de utilități, creditorii, salariile angajaților etc., astfel că nu mai este necesară o analiză complexă pentru stabilirea măsurii în care există sau nu disponibilități bănești. Trebuie avut, însă, în vedere că în raport cu termenul de 30 de zile de la scadență, a cărui împlinire trebuie să o aștepte creditorii pentru a fi îndreptățiți să formuleze cererea introductivă, debitorul poate interveni asupra încetării de plăți, cu mijloace proprii (încasări următoare, redirectionare de fonduri etc.) sau de împrumut (credite etc.), pentru a înlătura riscul deschiderii procedurii, care l-ar expune și unor sancțiuni materiale (în baza art. 138 din lege) sau penale (art. 143 și urm. din lege).

Debitorul trebuie să facă dovada că în ceea ce îl privește există insolvența iminentă, adică insolvența va apare în viitorul apropiat. Se poate dovedi aceasta, de exemplu, prin: sistarea furnizării de materii prime și utilități; declanșarea executării silite (iar nu și simplele neînțelegeri dintre debitor și creditor); neșalonarea unor debite; grevele (iar nu și simplele negocieri salariale) etc.

Secțiunea a 4-a. Sistemul procedurii insolvenței

Procedura insolvenței este mijlocul procedural prevăzut legal în vederea recuperării pasivului debitorului ajuns în stare de insolvență, de către colectivitatea creditorilor acestuia.

Procedura insolvenței cuprinde, într-un sistem complex, trei modalități procedurale diferite pentru realizarea efectivă a plății creditorilor: reorganizarea (redresarea) judiciară, falimentul și răspunderea patrimonială a membrilor organelor de conducere a debitorului persoană juridică, modalități în privința cărora legiuitorul român a ales să le reunească, prin reglementarea legală, în cadrul unei proceduri unitare. Reglementarea din alte state prevede și derularea separată a acestora, într-o relație de interdependență.

Procedura insolvenței, constituie, în dinamica ei, un ansamblu, o succesiune complexă, specific periodizată, nu numai în plan orizontal, în sensul derulării succesive la prima instanță de la simple fapte la judecăți, de la operațiuni și măsuri la acte de procedură de genul hotărârilor judecătorești, de la proceduri aferente la unele principale, în afara instanței sau în instanță, dar și în plan vertical, în raport cu treptele procedurale privind contestarea, căile de atac, cu intervenirea a diferiți participanți, a elementelor de procedură necesare pentru asigurarea unui caracter unitar procedurii privită în ansamblu.

§1. Periodizarea procedurii insolvenței

În raport cu gruparea actelor de procedură în funcție de caractere specifice comune ale acestora, potrivit dispozițiilor exprese ale legii, în

derularea de ansamblu a procedurii insolvenței (procedura de ansamblu) sunt avute în vedere, în ipoteza procedurii generale a insolvenței, următoarele perioade.

1.1. Perioada judecării cererii introductive

Este cuprinsă între momentul înregistrării la tribunal a cererii introductive de către debitor sau de către creditor și cel al pronunțării hotărârii de deschidere a procedurii ca urmare a admiterii cererii introductive sau de respingere a cererii introductive; în acest din urmă caz, deoarece nu se dispune deschiderea procedurii propriu-zise, încetează și procedura de ansamblu. Respingerea cererii introductive poate interveni, însă, și după o admitere inițială, abia în cadrul opoziției (caz în care este vorba de revocarea încheierii de deschidere a procedurii) sau în recurs, situație în care în raport cu caracterul executoriu al hotărârii de deschidere inițială, procedura a continuat efectiv și, în raport cu respingerea ulterioară a cererii introductive, va trebui să fie încetată (închisă) procedura continuată. În cazul deschiderii inițiale a procedurii, din punct de vedere cronologic, opoziția și recursul împotriva hotărârii date în sensul arătat trebuie, însă, considerate distinct de perioada de judecată a cererii introductive.

Actele de procedură din această perioadă constituie în cea mai mare parte o judecată cu elemente de drept comun, la care se adaugă unele aspecte specifice: formularea/comunicarea cererii, citarea părților, eventuala contestație a debitorului împotriva cererii introductive, administrarea de probe, pronunțarea hotărârii asupra cererii introductive). Prin hotărârea pronunțată în raport cu această perioadă se stabilește dacă există sau nu starea de insolvență și, evident, perioada există în mod necesar în raport cu orice fel de cerere introductivă. Hotărârea de deschidere a procedurii face legătura între perioada în discuție și perioada următoare din procedura de ansamblu, perioada de observație, care este prima perioadă din procedura propriu-zisă. Totodată, odată cu deschiderea procedurii intervine și posibilitatea derulării în mod distinct a actelor de procedură privind atragerea răspunderii în temeiul art. 138, pe parcursul procedurii propriu-zise și uneori și ulterior închiderii pro-

cedurii falimentului, în cadrul procedurii de ansamblu. Hotărârea prin care se deschide procedura nu trebuie privită doar ca elementul final al perioadei în discuție ci constituie, mai ales prin efectele produse, punctul de început, de referință al perioadei următoare, deci al procedurii propriu-zise, prin perioada de observație (între această hotărâre și o mare parte a procedurii derulate în continuare se poate aprecia existența unui raport de la cauză la efect).

1.2. Perioada de observație

Perioada de observație este definită potrivit art. 3 alin. (15) din Legea nr. 85/2006 ca fiind perioada cuprinsă între data deschiderii procedurii și data confirmării planului sau după caz a intrării în faliment, în baza unei hotărâri a judecătorului sindic. Data deschiderii procedurii este aceea a pronunțării hotărârii în acest sens.

În perioada de observație se realizează, îndeosebi, publicitatea deschiderii procedurii, se analizează situația debitorului și cauzele insolvenței, se fac unele demersuri procedurale în vederea delimitării masei active (bunurile debitorului), se stabilește masa pasivă (masa credală, adică creanțele existente împotriva debitorului), se mențin sau nu contractele debitorului aflate încă în curs de executare, se inițiază promovarea acțiunilor în anularea eventualelor acte frauduloase încheiate de debitor. În reglementarea Legii nr. 85/2006 (și, anterior, a Legii nr. 64/1995) inventarierea bunurilor debitorului este prevăzută expres pentru procedura falimentului, în perioada de observație efectuându-se doar o analiză indirectă și sub aspecte limitate asupra bunurilor debitorului, în contextul acțiunilor în anulare, a acțiunilor formulate în temeiul art. 138 din lege etc. Totodată, mai trebuie subliniată analiza situației debitorului, cu concluzii anume în raport cu prevederile art. 138 sau art. 79 – 80 din lege, menținerea sau nu a contractelor debitorului, existența premiselor pentru reorganizarea judiciară. În acest din urmă caz, în perioada de observație se poate propune și vota un plan, iar dacă premisele de reorganizare nu există, se analizează dacă se justifică trecerea la faliment, prin hotărârea judecătorului sindic, direct din perioada de observație.

Elemente proprii perioadei de observație trebuie să existe în cadrul oricărei categorii de procedură, nu numai în procedura generală, ci și în procedura simplificată; desigur, aceasta într-o formă mai extinsă sau mai restrânsă, dar unele elemente trebuie să intervină în mod obligatoriu, cum ar fi examinarea situației debitorului, stabilirea masei pasive.

În doctrina juridică s-a susținut și că perioada de observație a fost preluată, prin Legea nr. 85/2006, ca atare, din reglementarea franceză a insolvenței. Este vorba, însă, mai mult de o preluare a denumirii, pentru că în reglementarea internă actele de procedură proprii acestei perioade se regăseau și anterior, în Legea nr. 64/1995 privind reorganizarea judiciară și falimentul, fiind vorba de aspecte inerent necesare derulării în mod specific a procedurii insolvenței.

*

Derularea procedurii de ansamblu poate evolua din perioada de observație în două direcții posibile: perioada de reorganizare propriu-zisă și/sau perioada de faliment.

1.3. Perioada procedurii de reorganizare propriu-zisă

În cadrul acestei perioade se urmărește, ca remediu, redresarea activității debitorului conform celor prevăzute în planul votat de creditorii și confirmat de judecătorul sindic. Prin derularea perioadei de reorganizare propriu-zisă se asigură sumele de bani necesare pentru plata creanțelor, conform programului de plată (termene și sume) care face parte din plan.

Perioada de reorganizare, definită potrivit art. 3 alin. (20) din lege începe de la data confirmării planului prin hotărârea judecătorului sindic și se poate finaliza astfel: dacă executarea planului reușește sunt plătite creanțele, adică este acoperit pasivul debitorului și reorganizarea judiciară se încheie, prin hotărârea judecătorului sindic, fără să se mai ajungă la faliment. În această ipoteză debitorul iese din procedura insolvenței propriu-zisă și, totodată, din procedura de ansamblu, fiind reinserat în mediul comercial și în activitatea normală. Dar, dacă planul nu reușește atunci debitorul rămâne în procedura de ansamblu, trecând, în baza hotărârii judecătorului sindic la următoarea perioadă, procedura

falimentului [la care se poate trece și direct din perioada de observație dacă nu s-a propus și confirmat un plan, conform art. 3 alin. (25)].

În reglementarea Legii nr. 85/2006 lichidarea unor bunuri ale debitorului pe bază de plan pentru plata creanțelor se include în modalitatea procedurală a reorganizării judiciare, iar lichidarea propriu-zisă a bunurilor debitorului constituie obiectul procedurii falimentului.

1.4. Perioada procedurii falimentului

Procedura falimentului este definită potrivit art. 3 alin. (23) din Legea nr. 85/2006, ca fiind procedura de insolvență concursuală, colectivă și egalitară care se aplică debitorului în vederea lichidării averii acestuia pentru acoperirea pasivului, fiind urmată de radierea debitorului din registrul în care este înmatriculat.

Actele procedurale specifice acestei perioade sunt cele de stabilire a masei active (sigilare, inventariere, evaluare), cele de lichidare a bunurilor debitorului, libere de sarcini și cele de plată a creanțelor conform planului de distribuire a sumelor obținute din valorificarea bunurilor debitorului, conform unei cote falimentare, precum și întocmirea bilanțului final etc. Procedura falimentului se prezintă pregnant ca o executare silită, cu aspecte specifice, în primul rând caracterul colectiv, neobligativitatea, pentru creditori, a existenței titlului executoriu în sensul dreptului comun, participând la distribuire creanțele recunoscute a fi valabile în urma realizării procedurii de verificare a creanțelor și a menționării lor în tabloul obligațiilor debitorului. Procedura falimentului se încheie prin hotărârea judecătorului sindic, care corespunde de multe ori cu închiderea procedurii propriu-zise și, totodată, a procedurii de ansamblu.

1.5. Perioada ulterioară închiderii procedurii falimentului

O astfel de perioadă nu intervine în sine întotdeauna în procedura de ansamblu a insolvenței.

Așa cum am arătat pe larg într-o lucrare anterioară („Procedura insolvenței – Răspunderea membrilor organelor de conducere”), în

unele cazuri cererea întemeiată pe dispozițiile art. 138, care poate fi formulată în cadrul procedurii de ansamblu, în principiu începând cu deschiderea procedurii, poate fi uneori judecată până la închiderea procedurii falimentului (în paralel cu procedura propriu-zisă), dar alături finalizarea judecării acestei cereri se poate realiza și după închiderea procedurii falimentului, în continuare, în cadrul procedurii de ansamblu.

Ipoteza menționată anterior nu este similară celei pe care o prevedeau dispozițiile art. 32 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 în forma anterioară modificării prin Legea nr. 277/2009, deoarece dispozițiile respective aveau în vedere o altă ipoteză, în care, astfel cum s-a susținut în doctrină, se menținea deschisă procedura în vederea judecării cererii în daune pentru formularea prematură de către debitor a cererii introductive.

§2. Categoriile de proceduri și coeziunea acestora

În funcție de anumite criterii se poate discuta despre următoarele categorii sau modalități ale procedurii:

2.1. Procedura generală

Potrivit art. 3 alin. (24) din Legea nr. 85/2006, procedura generală reprezintă procedura prin care un debitor care îndeplinește condițiile prevăzute la art. 1 alin. (1) din lege, fără a le îndeplini simultan și pe cele de la art. 1 alin. (2), intră, după o perioadă de observație, succesiv, în procedura de reorganizare judiciară și în procedura falimentului sau, separat, numai în reorganizare judiciară ori doar în procedura falimentului.

În practica judiciară se face uneori greșit vorbire despre deschiderea „procedurii generale de reorganizare”, pentru că în cadrul procedurii generale nu e obligatoriu să intervină și reorganizarea judiciară, ci doar perioada de observație (în care nu întotdeauna atunci când se propune un plan acesta este și votat și confirmat) urmată de faliment.

2.2. Procedura simplificată

Potrivit art. 3 alin. (25) din nr. Legea 85/2006 procedura simplificată reprezintă procedura prin care debitorul care îndeplinește condițiile prevăzute la art. 1 alin. (2) intră direct în procedura falimentului, fie odată cu deschiderea procedurii insolvenței, fie după o perioadă de observație de maxim 60 de zile, perioadă în care vor fi analizate elementele arătate la art. 1 alin. (2) lit. c) și d).

Deschiderea procedurii simplificate se face încă de la început în sensul intrării în procedurii falimentului.

Este o procedură de ansamblu în care pe lângă procedura falimentului în sine, mai intervin, inițial și elemente ale perioadei de observație. Dispozițiile art. 3 alin. (25) nu trebuie înțelese în sensul că ar prevede o perioadă de observație în procedura simplificată, ci faptul că în procedura generală după o perioadă de observație se poate trece la faliment. Unele acte de procedură specifice perioadei de observație sunt inerente oricărei proceduri de insolvență, fie generală, fie simplificată, cum ar fi, de exemplu: publicitatea deschiderii procedurii; stabilirea masei credale; stabilirea masei active este reglementată în Legea nr. 85/2006 chiar ca parte a procedurii falimentului; teoretic este posibilă formularea acțiunilor în anulare sau chiar menținere sau nu a unor contracte încheiate de debitorului; analiza premiselor formulării acțiunii în temeiul art. 138 (mai puțin a premiselor existente pentru reorganizare). Practic, procedura simplificată este o procedură de faliment extinsă cu unele aspecte proprii perioadei de observație, deschisă ca procedură de faliment.

Vom avea în vedere o analiză detaliată a procedurii simplificate în contextul unei lucrări ulterioare care va include în obiectul ei și procedura falimentului.

2.3. Procedura de ansamblu

Nu este regăsită sub aspect terminologic și nici definită expres în lege, care în același sens se referă la procedura insolvenței în general, dar trebuie avută în vedere în raport cu economia Legii nr. 85/2006,

fiind un termen mai clar, mai potrivit pentru analiza teoretică a reglementării insolvenței. În privința conținutului am arătat înțelesul pe care îl dăm acestei proceduri, în contextul referirilor de ordin general la periodizarea procedurii insolvenței. Procedura de ansamblu trebuie înțeleasă ca fiind procedura insolvenței astfel cum este derulată aceasta de la primul la ultimul act specific de procedură, în variantele de conținut posibile potrivit legii speciale în materia insolvenței.

2.4. Procedura propriu-zisă

Nici această procedură nu este definită ca atare expres în lege, dar constituie practic obiectul de reglementare al Capitolului 3 din Legea nr. 85/2006 și, prin urmare, vizează, pe lângă o perioadă de observație distinctă, procedura reorganizării și/ sau procedura falimentului.

În mod tradițional, procedura propriu - zisă este împărțită în două etape: mai întâi o perioadă de observație, în care se analizează situația debitorului și se stabilește cum să se intervină în continuare pentru realizarea scopului legal al procedurii și, apoi, o a doua etapă, în care se intervine efectiv în scopul prevăzut de art. 2 din lege, fie prin reorganizarea judiciară, fie prin faliment.

2.5. Modalități de procedură

În reglementarea Legii nr. 85/2006 scopul prevăzut de art. 2 poate fi realizat prin trei modalități ale procedurii:

1. Reorganizarea judiciară
2. Falimentul
3. Acțiunea în atragerea răspunderii membrilor organelor de conducere a debitorului persoană juridică.

2.6. Elemente de coeziune a procedurii

Procedura insolvenței apare ca o multitudine de activități și procese judiciare, fiecare implicând și un alt gen distinct de acte aferente, dar

chiar de la prima vedere din economia legii speciale în materie transpare intenția legiuitorului de a asigura procedurii un caracter unitar, sistemic. La un moment dat un element din succesiunea actelor de procedură poate fi înlăturat, într-un mod sau altul (de exemplu, creditorii revin asupra unei măsuri luate în vederea continuării procedurii, o hotărâre a judecătorului sindic este modificată sau casată etc.), ceea ce ar putea să pună sub semnul întrebării cel puțin valabilitatea derulării ulterioare a procedurii. Pentru rezolvarea unei astfel de situații în limitele legii, actele de procedură, hotărârile judecătorești trebuie apreciate și ca elemente de coeziune a procedurii.

Sub un alt aspect, unele modalități ale procedurii se pot derula în paralel în același timp (de exemplu judecata acțiunii formulate în temeiul art. 138 cu procedura propriu-zisă), trebuind să fie avute în vedere interdependența, elementele de legătură dintre acestea.

2.6.1. Asigurarea coeziunii prin acte de procedură, hotărâri judecătorești (1), inclusiv căi de atac (2)

1. Acte/hotărâri

Periodizarea generală a procedurii insolvenței arătată mai sus, ca periodizare de prim nivel, se realizează în sensul că perioadele respective sunt jalonate, delimitate prin anumite acte de procedură, îndeosebi prin hotărâri ale judecătorului sindic. În cazul perioadelor de observație, de reorganizare propriu-zisă și de faliment, acestea sunt chiar determinate prin anumite hotărâri ale judecătorului sindic, pe care, dat fiind efectul pe care îl au, le vom considera ca fiind hotărâri de prim nivel în ceea ce privește periodizarea și derularea procedurii. Prin urmare, sunt astfel de hotărâri în primul rând hotărârea de deschidere a procedurii, hotărârea de confirmarea a planului și hotărârea de trecere la procedura falimentului. Mai pot fi apreciate hotărâri de prim nivel și hotărârea de închidere a procedurii și hotărârea de atragere a răspunderii în temeiul art. 138, dar acestea într-un mod mai puțin semnificativ, referitor doar la anumite aspecte.

Aprofundând, în continuarea analizei, sub aspectul conținutului derulării fiecăreia dintre perioadele de observație, de reorganizare și de

faliment, pentru fiecare în parte intervine o nouă succesiune de operațiuni, măsuri, acte de procedură, inclusiv judecăți finalizate prin hotărâri ale judecătorului sindic, iar toate acestea sunt, față de primele, de nivel subsidiar, subsecvent și sunt grupate, de regulă, în funcție de domeniul cu privire la care intervin. De exemplu, în perioada de observație, referitor la domeniul stabilirii masei credale, succesiunea de acte și hotărâri judecătorești privește elementele de notificare în baza art. 61 din lege, depunerea declarațiilor de creanță, verificarea creanțelor, întocmirea tabelelor de creanțe, contestațiile împotriva creanțelor, hotărârile pronunțate de judecătorul sindic în acest context, deciziile date în recurs; în mod similar se poate exemplifica și cu privire la alte domenii.

Sub un al doilea aspect, succesiunea unor acte, hotărâri cu caracter subsidiar se poate derula pe mai multe dintre perioadele de prim nivel menționate anterior (de exemplu, hotărârile adunării creditorilor și ale judecătorului sindic referitoare la desemnarea, numirea, înlocuirea în derularea procedurii de ansamblu a practicianului în insolvență).

2. Căi de atac/Casare

Ierarhizarea pe nivele a diverselor perioade, etape și acte de procedură este utilă pentru stabilirea întinderii efectelor pe care le poate avea schimbarea unui act de procedură, modificarea sau casarea unei hotărâri judecătorești date în procedură, asupra restului procedurii, pentru viitor sau retroactiv. Aceasta în legătură, în primul rând cu caracterul executoriu al hotărârilor judecătorești care permite continuarea procedurii în primă instanță în timp ce se judecă recursul (cât nu a intervenit suspendarea executării hotărârii atacate), pentru a se stabili ce rămâne și ce se înlătură din actele efectuate în continuarea procedurii, de exemplu în urma unei casări.

În principiu, casarea hotărârilor judecătorești de prim nivel va determina înlăturarea întregii procedurii continuate la prima instanță, pe timpul recursului, din perioada de prim nivel pe care o determină hotărârea respectivă în procedura de ansamblu. Evident, în cazul hotărârii de deschidere a procedurii, casarea acesteia înlătură în întregime întreaga procedură continuată. Totuși, chiar și în acest caz vor fi menținute actele de sine stătătoare (cum ar fi plata retribuției administratorului judiciar pentru activitatea depusă în perioada respectivă).

În cazul casării hotărârilor judecătorești de nivel subsidiar nu se pot înlătura decât actele aferente acelei hotărâri, nu și acte sau hotărâri ulterioare, care rămân de sine stătătoare. De exemplu, în cazul hotărârilor succesive ale adunării creditorilor de înlocuire repetată într-o procedură a practicienilor în insolvență și al celor de confirmare a înlocuirii date de judecătorul sindic, dacă se casează prima hotărâre de înlocuire, practicianul vizat prin aceasta nu poate cere ulterior să revină în calitate de practician în cauză, fără să obțină și casarea următoarelor hotărâri de înlocuire privind pe ceilalți practicieni, ulteriori.

*

Redăm în continuare o hotărâre de speță (Decizia comercială nr. 5R/08.01.2009 – C.A.B. – Secția a VI a comercială), în rezumat, pe care o considerăm relevantă referitor la aspectele susținute mai sus:

Prin cererea formulată în cuprinsul „Notei de ședință” la termenul de judecată din 20.10.2008, la Tribunalul București - Secția a VII-a Comercială, în cauza constituind obiectul dosarului nr.1253/3/2003 privind procedura falimentului derulată împotriva debitorului SC M... SA, lichidatorul C... SPRL a solicitat ca prin hotărârea ce se va pronunța: 1) să se ia act de calitatea sa de lichidator, pe care nu a pierdut-o ca urmare a sentinței comerciale nr.1777 din 14.04.2008, și să se pună în vedere lichidatorului judiciar E... IPURL să îi predea întreaga documentație contabilă a debitorului; 2) să se ia act de calitatea de creditor a D... a Municipiului București, calitate pe care nu a pierdut-o ca urmare a sentinței comerciale nr.1777/14.04.2008; 3) să se ia act de desființarea de drept a tuturor actelor juridice și măsurilor adoptate de creditori și/sau de către lichidatorul judiciar E... IPURL în intervalul 14.04.2008 – 20.10.2008.

Prin încheierea pronunțată la 20.10.2008 în dosarul nr.1253/3/2003 (1470/2003) Tribunalul București - Secția a VII-a Comercială, prin judecătorul sindic, a reținut (a dispus) referitor la cererea menționată, totodată cu alte dispoziții privind soluționarea celorlalte cereri aflate pe rol și măsuri de ordin procedural luate la acel termen, următoarele:

1) C... SPRL a pierdut calitatea de lichidator ca urmare a hotărârii adunării creditorilor din data de 22.05.2008.

2) D... a Municipiului București a redobândit calitatea de creditor în cauză de la data de 01.10.2008.

3) Respingerea cererii de desființare de drept a tuturor actelor juridice și a măsurilor adoptate de creditori și de lichidatorul judiciar.

Pentru a se pronunța în acest sens tribunalul a reținut următoarele:

1. În ceea ce privește calitatea de lichidator a C... SPRL, prin sentința comercială nr. 1777/14.04.2008 judecătorul sindic a luat act conform art. 19 din Legea nr. 85/2006 (iar nu a înlocuit conform art. 22) de hotărârea adunării creditorilor din 18.01.2008 de numire ca lichidator a d-nei R. D. În continuare, ca urmare a cererii de înlocuire a acestuia din urmă, formulată la 09.05.2008, adunarea creditorilor a hotărârit la 22.05.2008 ca E...IPURL să fie lichidator în cauză, aspect cu privire la care judecătorul sindic a luat act prin încheierea de ședință de la 26.05.2008. Chiar dacă prin decizia comercială nr. 1007/01.10.2008 Curtea de Apel București - Secția a VI-a Comercială a casat sentința comercială nr. 1777/14.04.2008, cu trimitere spre rejudecare, produce efecte juridice hotărârea adunării creditorilor de la 22.05.2008 de numire ca lichidator a E... IPURL, C... SPRL pierzând această calitate.

2. În ceea ce privește calitatea de creditor a D...a Municipiului București, creditoarea respectivă și-a redobândit calitatea în cauză la data de 01.10.2008, prin respingerea contestației creditoarei SC P... SA împotriva tabelului definitiv de creanțe prin decizia nr. 1007/01.10.2008.

3. În cea ce privește desființarea de drept a tuturor actelor juridice și măsurilor adoptate de creditori și de lichidatorul judiciar în perioada 14.04.2008 – 20.10.2008, prin decizia nr. 1007/01.10.2008 au fost trimise spre rejudecare cererile D...a Municipiului București având ca obiect anularea hotărârilor adunării creditorilor din 07.11.2007, 11.12.2007, 18.01.2008 și 20.03.2008 și a cererii de a se lua act de hotărârea adunării creditorilor de la 18.01.2008. Instanța de recurs nu a suspendat cursul procedurii insolvenței în perioada de la formularea recursului împotriva sentinței nr. 1777/14.04.2008 și până în prezent, astfel că toate actele de procedură efectuate rămân câștigate cauzei până la anularea lor numai în raport cu dispozițiile legii insolvenței, prin instrumentele juridice puse la dispoziția părților de această lege. Mai mult, toate activitățile desfășurate de E...IPURL apar ca legale față de cele arătate, acesta fiind lichidator în cauză la momentul actual, fiind numit prin încheierea de ședință de la 26.05.2008, prin care judecătorul sindic a luat act conform art. 19 din lege de hotărârea în acest

sens a adunării creditorilor de la 22.05.2008 iar cât acest timp această din urmă hotărâre nu a fost anulată de judecătorul sindic, însă numai în condițiile art. 14 alin. 7, ea produce efecte juridice.

Împotriva acestei încheieri au declarat recurs lichidatorul C... SPRL și creditorul D... a Municipiului București.

Prin recursul declarat de lichidatorul C... SPRL, în termen legal, s-a solicitat modificarea în parte a încheierii recurate în sensul admiterii cererii acestuia din data de 20.10.2008, referitor la calitatea de lichidator în cauză și desființarea de drept a actelor juridice și înscrisurilor adoptate în intervalul 14.04.2008 – 20.10.2008.

În motivarea recursului s-a arătat în esență, mai întâi că cererea C...SPRL de a se lua act de calitatea acesteia de lichidator în cauză, pe care nu a pierdut-o ca urmare a sentinței nr. 1777/14.04.2008 este legitimă, deoarece conform art. 311 Cod procedură civilă, hotărârile casate nu pot produce efecte juridice iar în speță instanța de recurs a dispus casarea cu trimitere spre rejudecare, nu numai a acțiunii în anularea hotărârii adunării creditorilor din 18.01.2008 prin care s-a desemnat ca lichidator d-na R.D. ci și a cererii creditorului SC I... SA de a se lua act de această hotărâre. La 20.10.2008 nu exista nici o hotărâre judecătorească valabilă prin care să se dispună înlocuirea lichidatorului C... SPRL, valabilitatea desemnării ulterioare a E... IPURL fiind sub condiția suspensivă a admiterii cererii acesteia de a se lua act de hotărârea adunării creditorilor din 18.01.2008, altfel neavând suport juridic. Cu atât mai mult, judecătorul sindic conferă eficiență juridică unei hotărâri a adunării creditorilor ulterioară datei de 14.04.2008, de înlocuire a lichidatorului R.D., deși la această adunare nu a fost convocată și nu a participat creditoarea D... a Municipiului București, hotărârea respectivă aflându-se sub incidența art. 311 alin. (2) Cod procedură civilă. Așadar, în mod nelegal prin hotărârea recurată este lipsită de eficiență juridică porțiunea din dispozitivul deciziei comerciale nr. 1007R/01.10.2008 prin care s-a dispus casarea cu trimitere spre rejudecare a cererilor D... a Municipiului București și a SC I... SA de anulare a hotărârii adunării creditorilor din 18.01.2008 și de a se lua act de această hotărâre, cât timp indiferent cum se va soluționa această acțiune, lichidator va fi menținut tot E... IPURL numit în adunarea creditorilor din 22.05.2008 fără participarea unui creditor exclus în mod nelegitim de la masa credală și în

locul unui lichidator judiciar, R.D., de a cărei desemnare încă nu s-a luat act, hotărârea tribunalului fiind casată, deci neavând nici o putere. În logica judecătorului sindic, dacă R.D. nu ar fi fost înlocuită, cererea C... SPRL s-ar fi admis.

Prin al doilea motiv de recurs s-a arătat că toate măsurile adoptate și actele juridice încheiate în perioada 14.04.2008 – 20.10.2008 au fost validate prin hotărâri adoptate de judecătorul sindic în proceduri necontencioase, nefiind stabilite drepturi potrivnice care să fie opozabile părților în procedura insolvenței. Respingerea cererii de a se lua act de desființarea de drept a tuturor actelor juridice și măsurilor din perioada respectivă s-a făcut nelegal, nu numai în raport cu art. 311 alin. (2) Cod procedură civilă, ci și pentru că cei doi recurenți în cauză nu aveau posibilitatea de a ataca, la data adoptării sau ulterior hotărârea adunării creditorilor de la 22.05.2008, din moment ce au fost excluse din procedura de la 14.04.2008. Judecătorul sindic nu a observat nici că D... a Municipiului București a fost înlocuită din comitetul creditorilor de către Primăria V...iar această înlocuire nu mai poate subzista ulterior confirmării irevocabile a calității de creditor.

Nu sunt îndeplinite nici condițiile pentru exercitarea de către cele două recurente a revizuirii împotriva vreuneia dintre încheierile pronunțate în perioada 14.04.2008 – 20.10.2008.

Prin recursul declarat de creditorul D... a Municipiului București, în termen legal, s-a solicitat modificarea în parte a hotărârii atacate în sensul constatării că în cauză lichidator este C...SPRL iar actele și măsurile adoptate în perioada 14.04.2008 – 20.10.2008 sunt desființate de drept.

În motivarea recursului s-a arătat în esență, în raport cu prevederile art. 304 pct. 9 și art. 304¹ Cod procedură civilă, că în conformitate cu art. 311 Cod procedură civilă în prezent nu există o hotărâre valabilă a adunării creditorilor de înlocuire a lichidatorului, cu atât mai mult cu cât prin decizia comercială nr. 1007/01.10.2008 s-a dispus casarea cu trimitere și cu privire la cererea de a se lua act de hotărârea adunării creditorilor din 18.01.2008 prin care s-a desemnat lichidator R.D. Până la soluționarea contestației D... a Municipiului București împotriva acestei hotărâri, C... SPRL își păstrează calitatea de lichidator în cauză. În aceste condiții adunarea creditorilor de la 22.05.2008 nu putea avea pe ordinea de zi înlocuirea lichidatorului R.D., deoarece aceasta nu a do-

bândit calitatea respectivă în cauză. Mai mult, hotărârea din 22.05.2008 este desființată de drept în baza art. 311 alin. (2) Cod procedură civilă. De altfel, conform principiului *accessorium sequitur principalae*, desființarea hotărârii de la 18.01.2008 atrage desființarea hotărârii adunării creditorilor de la 22.05.2008.

C...SPRL a fost desemnată prin încheierea din 23.05.2005 rămasă definitivă și irevocabilă și nu a formulat vreo cerere de renunțare și nici nu a fost înlocuit pentru motive temeinice de către instanță.

La 22.05.2008 comitetul creditorilor nu mai avea decât 2 membrii, care au adoptat hotărâri și au convocat adunarea creditorilor anterior desemnării celui de-al treilea membru. Oricum, desemnarea SC P... SA în calitate de membru al comitetului creditorilor a fost contestată, cauza aflându-se pe rol.

În ceea ce privește desființarea de drept a actelor juridice și măsurilor adoptate în perioada 14.04.2008 – 20.10.2008, prima instanță a ignorat prevederile art. 311 alin. (2) Cod procedură civilă. E... IPURL a încheiat o serie de acte având ca obiect înstrăinarea bunurilor debitorului, în condițiile în care hotărârile adunării creditorilor privind prețul și modalitatea de achitare fac obiectul unor contestații asupra cărora, de asemenea, tribunalul urmează să se pronunțe în fond după casare.

Mai mult, deși la momentul încetării contractului de vânzare-cumpărare autentificat sub nr. 1189/27.06.2008 nu exista o hotărâre irevocabilă de confirmare a modalității de plată a prețului, plata s-a efectuat de creditoarea SC I... SA inclusiv prin compensare iar invocarea dispozițiilor încheierii de la 08.01.2008 s-a făcut în mod greșit.

Prin actele adiționale la contractele de vânzare-cumpărare încheiate s-a modificat prețul vânzării, contrar caracterului comutativ al acestora, iar simplul fapt că instanța de recurs nu a dispus suspendarea procedurii nu este un motiv suficient pentru menținerea unor acte de procedură contrare intereselor creditorilor.

Intimatul-debitor SC M...SA, prin lichidator E... IPURL și intimatul-creditor SC I... SA au formulat întâmpinări, solicitând respingerea recursurilor declarate în cauză, ca nefondate.

Părțile au depus la dosarul cauzei înscrisuri la care s-a făcut referire în susținerile lor.

Față de acestea, având în vedere actele și lucrările dosarului cauzei, Curtea a constatat că ambele recursuri formulate în cauză sunt nefondate, având în vedere următoarele considerente:

În ceea ce privește recursul C... SPRL, precum și recursul D... a Municipiului București, în măsura în care motivele de recurs sunt comune, trebuie avut în vedere că deosebit de judecata în procedura de drept comun, în cadrul procedurii insolvenței, care se prezintă ca un complex unitar de activități și acte de procedură diferite, activitatea jurisdicțională implică în primă instanță, în mod specific, o succesiune de judecăți finalizate prin hotărâri ale judecătorului sindic, care pot fi grupate, pe criteriul importanței pentru desfășurarea procedurii, într-un prim nivel care include hotărârea de deschidere a procedurii, hotărârea de confirmare a planului și/sau hotărârea de trecere la faliment, hotărârea de închidere a procedurii și un alt nivel, subordonat, care vizează multiplele acte și operațiuni de procedură care intervin într-o modalitate aferentă uneia sau alteia dintre hotărârile din primul nivel.

Potrivit art. 12 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, fiecare dintre hotărârile judecătorului sindic sunt definitive și executorii, putând fi atacate separat cu recurs, ceea ce înseamnă că în cazul formulării împotriva lor a recursului, pe perioada judecării acestuia, dacă nu s-a dispus suspendarea executării (efectelor) hotărârii atacate, procedura insolvenței continuă la prima instanță, cu consecința ulterioară nu numai a efectuării de noi acte de procedură ci și a pronunțării de noi hotărâri judecătorești de către judecătorul sindic, situație în care se ridică problema efectelor, întinderii eventualei casări dispuse în recurs în legătură cu aceste acte/hotărâri ulterioare.

Dispozițiile art. 311 Cod procedură civilă prevăd că hotărârea casată nu are nici o putere iar actele de executare făcute în puterea unei asemenea hotărâri sunt desființate de drept, dacă instanța de recurs nu dispune altfel.

În contextul unui proces derulat în procedura de drept comun fie în raport cu reținerea spre rejudecare de către instanța de recurs, fie cu trimiterea cauzei spre rejudecare primei instanțe aceasta înseamnă că în urma casării se revine la situația anterioară, rejudecându-se cauza. Mai mult, în procedura de drept comun, actele de executare care sunt desființate ca urmare a casării nu includ și nu sunt urmate și de noi acte

efectuate în puterea unei noi hotărâri judecătorești, ulterioare celei casate și nici de noi hotărâri judecătorești cum este cazul în procedura insolvenței, în care hotărârile judecătorești ulterioare pot, prin dispozițiile lor să aibă legătură cu aspectele supuse casării fie în același sens, fie în mod diferit și fiecare dintre aceste hotărâri este, la rândul ei, definitivă și executorie și supusă în mod separat recursului. În mod logic, nu se poate reține decât că în procedura de drept comun dispozițiile art. 311 Cod procedură civilă sunt aplicabile doar actelor de executare (și de asigurare) făcute în puterea hotărârii casate. Prin urmare, nici aplicarea dispozițiilor art. 311 Cod procedură civilă în procedura insolvenței, în completarea reglementării prin normele Legii nr. 85/2006 (completare care potrivit art. 149 nu se poate face decât în măsura în care dispozițiile respective sunt compatibile cu normele indicate) nu se poate extinde mai mult decât în sensul prevăzut în dreptul procedural comun (adică doar aferent hotărârii casate și actelor efectuate în baza acesteia) deoarece astfel au fost edictate de către legiuitor.

Deci, casarea intervenită cu privire la o hotărâre a judecătorului sindic nu poate aduce atingere și dispozițiilor din hotărârile ulterioare ale aceluiași judecător, mai ales în cazul celor referitoare la același aspect supus casării, dar într-o modalitate diferită. (Cel mult se poate pune în discuție o astfel de aplicare extinsă doar în cazul hotărârilor judecătorului sindic din primul nivel menționat anterior, în raport cu întreaga perioadă specifică din procedura pe care o determină, dar în cauza de față nu este vorba despre hotărâri de nivelul respectiv ci doar de acte și hotărâri aferente unei perioade din procedură determinate de o hotărâre din primul nivel, astfel că nu se impune aici o detaliere a analizei). O astfel de interpretare nu este posibilă nici în raport cu prevederile art. 149 din Legea nr. 85/2006, putând exista compatibilitatea la care se referă textul de lege doar prin aplicarea art. 311 Cod procedură civilă la contextul procedural similar celui din procedura de drept comun iar nu și aspectelor diferite, specifice, din procedura insolvenței.

Același raționament juridic intervine în mod corespunzător și în raport cu prevederile art. 106 alin. (1) Cod procedură civilă, potrivit cărora anularea unui act de procedură atrage și nulitatea actelor următoare, în măsura în care acestea nu pot avea o existență de sine stătătoare.

toare. În plus, mai trebuie menționat referitor la aplicarea acestor dispoziții, prin raportare la raționamentul susținut anterior că în procedura insolvenței, cel puțin în ceea ce privește actele și hotărârile aferente perioadelor de procedură determinate prin hotărârile judecătorului sindic din primul nivel menționat (de altfel și în cazul acestora se pune problema existenței unor acte de sine stătătoare în raport cu art. 106 Cod procedură civilă), sancțiunea nulității nu poate viza și hotărârile judecătorului sindic ulterioare celei anulate și actele efectuate în baza acestora, deoarece prin contrapunerea dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 având caracter special în raport cu specificul procedurii, hotărârile ulterioare sunt executorii și supuse în mod separat recursului, ceea ce le conferă o existență de sine stătătoare, ci doar actele efectuate în baza hotărârii anulate, dar și în cazul acestora doar în măsura în care actele respective nu pot avea o existență de sine stătătoare. Mai mult, trebuie avut în vedere că în cazul actelor (iar nu și al hotărârilor judecătorului sindic) dispozițiile Legii nr. 85/2006, care are caracter special, prevăd în multe dintre cazuri posibilitatea înlăturării acestora în mod prioritar doar prin căile avute în vedere cu caracter special de legiuitor în cuprinsul legii menționate, și, în consecință, în caz contrar actele respective rămânând câștigate cauzei.

De altfel, multe dintre actele ulterioare hotărârii casate se efectuează în speță, după caz și în baza hotărârilor din primul nivel de referință.

În cauză, atât hotărârea judecătorească recurată cât și celelalte hotărâri ale judecătorului sindic sau acte de procedură care prezintă legătură cu soluționarea cauzei în raport cu decizia de casare vizează nivelul subordonat din procedura insolvenței la care s-a făcut referire anterior în considerentele de față. Astfel, în ceea ce privește aspectul referitor la solicitarea de a se lua act de calitatea de lichidator a C... SPRL, prin hotărârea adunării creditorilor din 18.01.2008 s-a desemnat ca lichidator R. D. în locul lichidatorului anterior, C... SPRL, iar despre această s-a luat act prin sentința comercială nr.1777 din 14.04.2008; ulterior, în timpul soluționării recursului privind această din urmă sentință, în contextul căruia nu s-a dispus suspendarea executării hotărârii atacate, la prima instanță procedura insolvenței a continuat în cauză și prin hotărârea adunării creditorilor din 22.05.2008 a fost înlocuită R.D.

din calitatea de lichidator, cu E... IPURL, iar despre aceasta s-a luat act prin încheierea judecătorului sindic din 26.05.2008.

Prin decizia comercială nr. 1007R din 01.10.2008 a Curții de Apel București - Secția a VI-a Comercială sentința nr. 1777/14.04.2008 a fost casată în parte, dispunându-se, printre altele, trimiterea spre rejudecare primei instanțe a cauzei în ceea ce privește cererea D...a Municipiului București de anulare a hotărârilor adunării creditorilor din 07.11.2007, 11.12.2007, 18.01.2008 și 20.03.2008 precum și a cererii de a se lua act de hotărârea adunării creditorilor din 18.01.2008.

La primul termen în procedura insolvenței la tribunal după pronunțarea deciziei de casare, la 20.10.2008 prin încheierea recurată s-a soluționat cererea formulată de lichidator în cuprinsul „Notelor de ședință”.

De asemenea, în ceea ce privește aspectul referitor la solicitarea de a se lua act de desființarea de drept a tuturor actelor juridice (și măsurilor) adoptate de creditorii sau de lichidator în intervalul dintre 14.04.2008 data pronunțării sentinței nr. 1777 și 20.10.2008, în cererea de primă instanță și în recursul de față s-au indicat câteva astfel de acte (prin încheierea din 26.05.2008 s-a luat act că prin hotărârea adunării și comitetului creditorilor de la 22.05.2008 s-a completat comitetul creditorilor, prin încheierea de la 30.06.2008 s-a luat act de un contract de vânzare-cumpărare încheiat de lichidator, etc.).

Or, urmărind raționamentul juridic menționat anterior, casarea dispusă prin decizia nr. 1007R/01.10.2008 a intervenit doar cu privire la sentința nr. 1777/14.04.2008 iar nu și cu privire la încheierea din data de 26.05.2008 sau în ceea ce privește hotărârile adunării creditorilor din 18.01.2008 și 22.05.2008. Încheierea de la 26.05.2008 a rămas definitivă și executorie atât în raport cu casarea cât și cu nerecurarea, împotriva acesteia neformulându-se recursul, calea de atac legală pentru a se obține înlăturarea ei, demers în legătură cu care C... SPRL avea posibilitatea să invoce prevederile art. 103 Cod procedură civilă dacă consideră că în perioada judecării recursului a fost împiedicat să declare recurs. Măsura în care rejudecarea în urma casării intervenite, a cererii de a se lua act, respectiv de anularea hotărârii adunării creditorilor de la 18.01.2008 sub aspectul lichidatorului poate avea efect asupra desemnării unui nou lichidator în cauză prin încheierea de

la 26.05.2008 sau se poate considera ca fiind rămasă fără obiect în urma noii realități juridice din procedură, rămâne să se stabilească de către prima instanță. Până atunci o cerere încă nesoluționată nu poate avea efectul urmărit de titularul ei, hotărârea judecătorească și, respectiv, hotărârile adunării creditorilor neputând fi înlăturate decât potrivit căilor prevăzute de lege în acest scop.

De asemenea, în ceea ce privește aspectul privind solicitarea referitoare la anularea de drept a tuturor actelor și măsurilor din perioada 14.04.2008 – 20.10.2008, în raport cu raționamentul juridic avut în vedere și anterior nulitatea nu poate interveni în baza casării sentinței nr. 1777/14.04.2008 sau în raport cu dispozițiile de casare, inclusiv cele de trimitere spre rejudecare, actele și măsurile respective rămânând acte de sine stătătoare. Înlăturarea lor poate fi obținută doar pe calea recursului, dacă e vorba totuși de hotărâri judecătorești sau prin căile prevăzute de legea specială, dacă este vorba despre alte acte privind procedura insolvenței, cu sesizarea mai întâi a judecătorului sindic, sens în care, de altfel, recurenta D... a Municipiului București a susținut formularea unor contestații aflate pe rolul tribunalului, în contextul acestor căi legale putând să se pună în discuție și măsura în care se impunea, sau nu, o procedură contencioasă sau necontencioasă, sau susținerile privind fondul referitoare la actele considerate nule de drept, astfel cum au fost formulate de către recurenți în motivarea recursurilor iar nu și în cererea de chemare în judecată din 20.10.2008.

De altfel, actele respective au ca fundament al efectuării lor și hotărârea în baza căreia se derulează procedura falimentului, cu privire la care nu s-a dovedit eventuala ei înlăturare pe cale legală.

Referitor la susținerile formulate prin întâmpinare de către intimatele SC I... SA și SC P... SA prin apărător, în sensul că prin decizia nr. 1007/01.10.2008 s-ar fi admis în parte un recurs cu consecința că în raport cu dispoziția „Menține în rest celelalte dispoziții ale sentinței” instanța de recurs ar fi respins ca inadmisibil capătul de cerere prin care se solicită anularea tuturor hotărârilor date de judecătorul sindic în perioada 14.04.2008 – 01.10.2008, Curtea reține că aceste susțineri sunt eronate. Un recurs în sine nu se poate admite sau/și respinge în parte, această posibilitate existând referitor doar la modificare sau casare, potrivit art. 312 alin. (1) și 2 din Codul de procedură civilă (român).

Ideea că prin dispoziția din decizia de casare referitoare la menținerea celorlalte dispoziții din sentința atacată s-ar fi menținut hotărârea de schimbare a lichidatorului, este rezultatul unui raționament juridic greșit. În plus, prin decizia nr. 1007/01.10.2008 instanța de recurs nu a respins propriu-zis, ca inadmisibil capătul de cerere referitor la anularea tuturor hotărârilor din perioada indicată, cum se susține în mod greșit în întâmpinare ci doar a constatat, în cuprinsul considerentelor deciziei că deoarece motivele recursurilor vizează doar nelegalitatea sentinței comerciale nr. 1777/2008 iar nu și alte măsuri dispuse în procedură de judecătorul sindic, cererea respectivă este inadmisibilă, adică nu poate constitui obiectul judecății acelor recursuri. Aceste apărări greșite ale intimatelor nu sunt însă de natură să schimbe aprecierea Curții asupra motivelor formulate în recursurile declarate în speță, în sensul că acestea sunt nefondate.

Având în vedere considerentele arătate Curtea, în baza art. 312 Cod procedură civilă, a respins recursurile ca nefondate și, totodată, având în vedere dispozițiile art. 274 Cod procedură civilă și înscrisurile depuse la dosar care dovedesc efectuarea cheltuielilor privind onorariul de avocat de către intimatele SC I...SA și SC P... SA, a obligat recurentele la plata sumei de 14.227,16 lei către fiecare dintre intimatele menționate, cu titlu de cheltuieli de judecată.

*

Chiar dacă pare contradictoriu, un element de coeziune pentru procedura de ansamblu este și acela referitor la derularea în mod necontencios al unor proceduri sau judecăți și la efectuarea citării doar în privința persoanelor ale căror drepturi și interese sunt supuse spre soluționare judecătorului sindic în condiții de contradictorialitate. În acest context, se poate considera că în procedura insolvenței nu tot timpul fiecare parte acționează în contradictoriu față de celelalte părți.

Referitor la aspectul suprapunerii și coordonării unor proceduri, exemplificăm prin faptul că acțiunea formulată în temeiul art. 138 din lege se derulează, în cadrul procedurii de ansamblu, în paralel cu procedura propriu zisă, dar rezultatul obținut prin aceasta servește tot în scopul prevăzut de art. 2.

*

Nu trebuie omis faptul că prin reglementarea procedurii insolvenței se face trimitere și la perioade din afara derulării propriu-zise a procedurii insolvenței și pot fi provocate procese și în afara acestei proceduri.

În ceea ce privește primul aspect, este vorba de așa-zisa „perioadă suspectă”, la care se referă art. 79 și urm. din lege. Această perioadă vizează intervalul de maxim 3 ani anterior deschiderii procedurii pentru care legiuitorul prezumă că încheierea actelor de către debitor s-a făcut în mod fraudulos, în dauna creditorilor. Prin prezumția de fraudă instituită se facilitează probarea și admiterea acțiunii în anularea actelor vizate, în scopul reîntregirii averii debitorului.

Legea prevede și o serie de interdicții pentru debitor în perioada ulterioară închiderii unei proceduri a insolvenței derulată împotriva acestuia.

Referitor la al doilea aspect, debitorul trebuie să participe, prin administratorul judiciar sau lichidator, în afara procedurii insolvenței, de exemplu în arbitraj, la instanțele de drept comun, la o serie de procese, vizând recuperarea propriilor creanțe de la terți debitori etc.

Capitolul II

Deschiderea procedurii

Secțiunea 1. Cererile introductive

§1. Aspecte și dispoziții generale (art. 26)

1.1. Aspecte generale

De-a lungul timpului, în cadrul diverselor reglementări naționale, deschiderea procedurii insolvenței a putut fi solicitată, provocată de către creditorii sau debitorul, de către instanțe – din oficiu, de o autoritate guvernamentală sau neguvernamentală.

În cazul în care reglementarea legală prevede în mod distinct (ceea ce aici nu înseamnă și separat) procedura lichidării judiciare, respectiv, procedura reorganizării judiciare, procedura insolvenței trebuie să înceapă pe baza unei cereri care să poată fi formulată atât de către creditorii, cât și de către debitorul.

În cazul cererii creditorului se recunoaște, în general, că principalul criteriu pentru începerea procedurii îl reprezintă dovedirea faptului că debitorul a încetat plățile. Diferite modalități de testare pot fi folosite pentru a se determina când a devenit generală încetarea de plăți. Respectând rolul pe care îl are cererea debitorului, o importantă alegere de politică legislativă trebuie să fie făcută în ceea ce privește impunerea prin legea specială a sancțiunilor asupra conducerii debitorului pentru tergiversarea formulării cererii de deschidere a procedurii în cazul unei încetări generale a plăților. Dacă se alege ca astfel de sancțiuni să nu fie impuse, este de preferat, ca alternativă, ca legea să prevadă facilități adecvate în ceea ce privește inițierea și derularea procedurii reorganizării judiciare, pentru a încuraja debitorii să utilizeze această procedură începând cu un stadiu suficient de timpuriu.

1.2. Dispoziții generale

Potrivit dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 procedura începe pe baza unei cereri introduse la tribunal de către debitor sau de către creditor, precum și de orice alte persoane sau instituții cărora legea le prevede legitimitatea procesuală sub acest aspect. Cererile introductive sunt deci cererile pentru deschiderea procedurii insolvenței, aceleași, sub aspect general, atât în cazul procedurii generale cât și al procedurii simplificate, fie în cazul formulării de debitor, fie de creditor. De reținut, deci, că în aplicarea Legii nr. 85/2006, procedura insolvenței poate fi deschisă doar la cerere iar nu și din oficiu, pe baza unei autosesizări, de către instanța competentă, cum era posibil în raport cu reglementarea anterioară prevăzută de Codul comercial.

Referitor la categoria „altor persoane sau instituții” de titulari ai cererii introductive, potrivit dispozițiilor art. 26 alin. (1) din lege, Comisia Națională de Valori Mobiliare (C.N.V.M.) poate introduce cerere împotriva entităților reglementate și supravegheate de aceasta care, potrivit datelor de care dispune, îndeplinesc criteriile prevăzute de dispozițiile legale speciale pentru inițierea procedurii prevăzute de prezenta lege.

Așadar, procedura insolvenței începe printr-o cerere „introdactivă” la instanța competentă (tribunalul), pentru care legea prevede calitatea procesuală activă în principal pentru debitor sau pentru unul or mai mulți creditori. Unele formulări întâlnite frecvent în doctrină, referitoare fie la deschiderea, fie la începerea procedurii, sunt în măsură să creeze confuzie uneori, deoarece nu țin seama că cererea introdactivă înseamnă începerea procedurii iar nu deschiderea acesteia, care constituie o instituție aparte în materia insolvenței (dispunerea deschiderii procedurii intervine abia în raport cu admiterea cererii introductive).

S-a susținut în doctrină că atât în cazul debitorului, cât și al creditorului, precum și al C.N.V.M., ca titulari ai cererii introductive, judecata acestei cereri se face pe calea unei proceduri necontencioase, care nu presupune contradictorialitate și, deci, nici citarea părților, dar care devine contencioasă fie prin formularea opoziției de către un creditor (în cazul cererii debitorului), fie prin formularea de către debitor a contestației la cererea introdactivă a creditorului, fie prin intervenția în

cauză a unui creditor, administrator, asociat etc., iar creditorii devin participanți la procedură numai după ce aceasta a fost deschisă și au fost admiși la masa credală.

Or, în privința cererii de intervenție avem rezerve asupra admisibilității acesteia în faza de judecată a cererii introductive, dat fiind caracterul special al reglementării legale a procedurii, care nu prevede ingerința unei asemenea cereri în judecata respectivă. Reglementarea procedurii insolvenței nu poate permite oricui și oricând să intervină în derularea acestei proceduri speciale, în mod similar procedurii civile de drept comun, pentru că nu ar mai fi o procedură eficientă, derulată cu celeritate (ceea ce nu se poate susține, deocamdată despre procedura civilă de drept comun). Opoziția este ulterioară deschiderii procedurii și implică, indiscutabil, caracterul contencios, ca și formularea contestației, dar după cum vom arăta ulterior la secțiunea privind contestația debitorului, judecata cererii creditorului poate interveni și separat de aceea a contestației, păstrându-și caracterul contradictoriu în raport cu debitorul, sub aspectul conținutului, obiectului ei, care este unul special, în sensul pretinderii dreptului la realizarea creanțelor prin derularea procedurii insolvenței împotriva debitorului, ca urmare a dovedirii stării de insolvență sub aspectul îndeplinirii unor condiții care implică în sine un drept contrar debitorului (cel de creanță), iar nu numai lipsa disponibilităților. Oricum, o procedură ca aceea a insolvenței, care devine în ceea mai mare parte contencioasă în derularea ei nu numai în raport cu debitorul dar și față de alți creditori, nu poate fi reținută ca fiind necontencioasă doar în raport cu etapa judecării cererii introductive. Chiar și în cazul cererii debitorului nu este vorba, în realitate, de un caracter necontencios dar aparența în acest sens intervine în condițiile în care legiuitorul a avut în vedere judecata într-o primă fază a cererii debitorului fără creditori, posibilitatea formulării opoziției de către aceștia din urmă intervenind doar după deschiderea procedurii (ceea ce nu este chiar normal din punct de vedere procedural); nu trebuie uitat însă că judecata cererii debitorului se face referitor la dovedirea îndeplinirii aceluiași condiții (referitoare la lipsa disponibilităților și existența creanțelor împotriva debitorului) ca și în cazul cererii creditorului, numai că în această ipoteză îndeplinirea condițiilor se pretinde de către debitor. Oricum, aspectul citării nu este definitiv pentru

caracterul contencios sau necontencios al unei proceduri. Chiar dacă în cazul cererii debitorului, ar trebui reținut caracterul necontencios, până la formularea opoziției de către creditori, în cazul cererii introductive a creditorului considerăm că aceasta are încă de la început caracter contencios, chiar și dacă nu se formulează o contestație. Procedura insolvenței nu poate fi inclusă, sub aspect general, în categoria procedurii necontencioase prevăzută de dispozițiile art. 331-332 C. proc. civ. Chiar și în lipsa unei contestații la cererea introductivă a creditorului, tribunalul judecă această cerere în contradictoriu cu debitorul (și cu citarea acestuia iar nu doar cu comunicarea cererii), verificând dacă sunt îndeplinite condițiile cerute de lege pentru reținerea stării de insolvență. În plus, este greșită aprecierea că creditorii nu devin părți în procedură decât după admiterea la masa credală. Nu trebuie să se confunde dreptul de a face anume cereri, cu afirmarea interesului masei credale de către creditori. După cum vom arăta la secțiunea privind cererea introductivă a creditorilor, creditorii participă în procedura insolvenței înțeleasă în sens larg începând de la înregistrarea la instanță a cererii introductive de către aceștia, în timp ce formularea „creditor îndreptățit să participe la procedură” din art. 3 alin. (8) Legea nr. 85/2006 modificată prin Legea nr. 277/2009, se referă doar la procedura propriu-zisă și delimitează o categorie de creditori cărora, în urma procedurii de verificare, li s-a recunoscut creanța, că un drept potrivit debitorului, de multe ori chiar prin mijlocirea instanței, prin judecata în contradictoriu a contestațiilor la creanță.

1.3. Caracterul cererii de deschidere a procedurii insolvenței

Cererea introductivă este diferită de cererea vizând valorificarea unei creanțe în justiție. Prin cererea introductivă nu se solicită pronunțarea unei hotărâri prin care să se constate creanța și să se oblige la plată debitorul. Titularul cererii introductive se prezintă drept creditor dar nu urmărește (cel puțin nu în raport cu această fază a procedurii) dobândirea unui titlu executoriu ci, probând insolvența, urmărește să deschidă în interes propriu și general, o procedură pentru toți creditorii, de lichidare a averii celui aflat în stare de insolvență.

Tribunalul competent pentru soluționarea cererii introductive nu are de judecat referitor la creanța invocată decât îndeplinirea condițiilor cerute de lege (caracterul cert, lichid și exigibil, inclusiv valoarea prag) și doar ulterior, după deschiderea procedurii, se va stabili în mod obligatoriu și quantumul integral al creanței respective. Oricum, creditorul titular al cererii introductive nu se poate prevala de hotărârea de deschidere a procedurii ulterior, la verificarea creanțelor, susținând că prin aceasta i-ar fi fost stabilită pe cale judecătorească creanța. Dimpotrivă, în contextul verificării creanțelor și creanța invocată prin cererea introductivă va putea fi contestată, de către debitor sau ceilalți creditori, titularul ei trebuind să o probeze, ca orice creditor.

Cererea de deschidere a procedurii insolvenței nu se confundă nici cu o cerere de executare, deoarece procedura cuprinde nu numai norme de drept procedural ci și de drept substanțial, pentru creditori are caracter colectiv, egalitar etc.

§2. Cererea debitorului (art. 27)

2.1. Aspecte generale

Sub aspect tehnic juridic, criteriul (condiția) privind probarea incapacității de plată pentru inițierea procedurii este, în mod obiectiv, același atât pentru creditori cât și pentru debitori, atât pentru reorganizarea judiciară cât și pentru faliment. Aceasta face ca, în principiu, procedura să poată fi inițiată atât de debitor cât și de creditor, iar criteriul să fie probat atât în cazul cererii creditorilor cât și al cererii debitorului. În contextul în care debitorul inițiază în mod normal procedura numai ca un demers de ultimă instanță, unele reglementări naționale ale insolvenței prezumă în mod expres buna-credință a debitorului care formulează cererea introductivă, sub aspectul ajungerii lui cu adevărat în situația în care este incapabil să-și plătească debitele. Aceasta în ideea că altfel debitorul nu ar avea de ce să renunțe la o situație normală pentru o procedură destul de restricționară în ceea ce îl privește. În acest context, spre deosebire de reglementările legale în care se prevede cerința unui criteriu similar atât pentru debitor cât și

pentru creditor, în altele nu se mai prevede ca și cerința îndeplinirii criteriului să mai fie cercetată și, deci, probată în cazul cererii debitorului sau chiar nu se mai prevede nici criteriul respectiv, care este înlăturat cu totul, îndeosebi când reorganizarea și falimentul sunt reglementate ca una și aceeași procedură.

Aprecierea măsurii în care legea insolvenței trebuie să impună sau nu debitorului obligația de a iniția procedura la un stadiu cert al dificultăților financiare constituie o altă problemă complexă. Una dintre abordările acestei probleme este aceea de a include reguli specifice în lege, care să impună răspunderea conducerii debitorului pentru continuarea comerțului, a activității deși debitorul se află în stare de insolvență. Avantajul acestei abordări este acela că forțează debitorii să inițieze ei procedura cât mai devreme, ceea ce crește șansele reorganizării judiciare sau, cel puțin, protejează interesele creditorilor prevenind dispararea ulterioară a bunurilor debitorului. Dezavantajul includerii unor astfel de reguli în lege este că acestea pot descuraja conducerea debitorului să recurgă la o înțelegere în afara instanței pentru restructurare, în afară de faptul că orice greșeală în începerea procedurii poate atrage răspunderea personală. Dacă nu se include în reglementare o sancțiune penală pentru a începe procedura cât mai devreme, trebuie cel puțin să se încurajeze debitorii în acest sens.

În contextul celor arătate, în ceea ce privește reglementarea internă a insolvenței - Legea nr. 85/2006 modificată prin Legea nr. 277/2009, criteriul pentru deschiderea procedurii în discuție este o cerință care intervine atât în cazul cererii creditorului cât și al debitorului, din moment ce legiuitorul nu a exclus în mod expres criteriul respectiv în cazul cererii debitorului, iar cele două tipuri de procedură, reorganizarea judiciară și falimentul, sunt reglementate distinct, dar se pot derula doar în cadrul uneia și aceleiași cauze, astfel că nu se poate accepta un criteriu diferit pentru fiecare dintre acestea. În contextul celor ce se vor arăta în continuare, în sensul că formularea cererii de către debitor este o obligație atunci când sunt îndeplinite prevederile legii în acest sens, legiuitorul ar fi trebuit sau ar fi putut să prevadă expres eventuala scutire de la probarea criteriului în discuție pentru cererea debitorului, neputând fi luată în considerare o prezumție implicită în acest sens.

2.2. Dispoziții generale

Debitorul este definit potrivit art. 3 alin. (5) din Legea nr. 85/2006 modificată prin Legea nr. 277/2009 (în sensul că debitorul, iar nu patrimoniul acestuia este în stare de insolvență), ca fiind persoana fizică sau juridică de drept privat care face parte din una dintre categoriile prevăzute de art. 1, și care este în stare de insolvență.

În ceea ce privește persoanele juridice de drept public, în cazul unora dintre acestea nu se poate pune problema să constituie obiectul procedurii insolvenței pentru că aceasta ar antama falimentul statului, iar în cazul regiilor autonome s-a prevăzut în mod expres începând cu Legea nr. 64/1995 că va interveni o lege specială, dar aceasta se lasă încă așteptată.

Legiuitorul a menționat în primul rând debitorul ca titular al cererii introductive doar pentru că sub aspect cronologic acesta este sau ar trebui să fie, de regulă, primul care are cunoștință despre apariția stării de insolvență în ceea ce îl privește și, de asemenea, în contextul ideii de responsabilizare a debitorului, în sensul asigurării unei declanșări cât mai rapide a procedurii.

Legiuitorul a reglementat distinct cererea debitorului pentru insolvență actuală de aceea pentru insolvență iminentă.

2.3. Cererea debitorului în cazul insolvenței actuale

Potrivit art. 27 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, debitorul aflat în stare de insolvență este obligat să adreseze tribunalului o cerere pentru a fi supus dispozițiilor legii, în termen de maximum 30 de zile de la apariția stării de insolvență. Ipoteza reglementată astfel este aceea a insolvenței actuale.

Rezultă că în cazul insolvenței actuale, intervenite, debitorul este obligat legal să formuleze cererea introductivă și aceasta cu respectarea termenului prevăzut de lege, de maxim 30 de zile de la apariția stării de insolvență.

Debitorul este obligat legal să formuleze cererea introductivă, în condițiile în care procedura prezintă pentru el și unele avantaje, de

exemplu nu mai este supus acțiunilor și executărilor individuale. Nu acest gen de avantaje au fost însă determinante pentru înscrierea obligației în lege, ci interesul creditorilor de a se începe neîntârziat procedura concursuală.

Simplificat, debitorul va aprecia că momentul apariției insolvenței intervine la prima plată datorată care nu se poate efectua din lipsă de disponibilități bănești, cu mențiunea ca aceasta să nu reflecte doar o lipsă, o insuficiență temporară; pentru lămurirea în sensul că nu e vorba de ceva temporar sunt, însă, mai mult decât suficiente cele 30 de zile prevăzute de lege. Pentru aprecierea intervenirii stării de insolvență este vorba de aceleași condiții astfel cum au fost analizate la secțiunea privind „insolvența”, referitoare la creanțele neplătite și disponibilitățile bănești. În ceea ce privește termenul de 30 de zile acesta începe să curgă, se calculează ca și în cazul cererii creditorilor, de la scadența debitului (creanței). Introducerea tardivă a cererii, conform art. 143 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, sau neintroducerea acesteia constituie infracțiunea de bancrută simplă.

Obligația de formulare a cererii introductive intervine pentru orice debitor din art. 1 din lege (persoană fizică sau juridică, comerciant sau nu) indiferent de natura creanțelor sau izvorul acestora.

Legea nu prevede în cazul nici uneia dintre categoriile de cereri introductive ale debitorului un quantum (prag valoric) minim al creanței datorate de plată de către acesta, astfel că aprecierea stării de insolvență, a insuficienței sau lipsei disponibilităților se face în raport cu creanțele existente împotriva debitorului, scadente și imposibil de achitat.

În ceea ce privește cuprinsul cererii, acesta se raportează, în general, la conținutul unei cereri obișnuite de chemare în judecată. Prin „petitul” cererii se solicită deschiderea procedurii, modalitatea acesteia (generală sau simplificată). Motivarea cererii va avea în vedere motivele de fapt, îndeosebi susținerile corespunzătoare în funcție de starea de insolvență actuală, precum și motivele de drept. Se va avea în vedere, de asemenea, și indicarea mijloacelor de probă.

2.4. Cererea debitorului în cazul insolvenței iminente

Dispozițiile art. 27 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 prevăd că va putea să adreseze tribunalului o cerere pentru a fi supus dispozițiilor legii și debitorul în cazul căruia apariția stării de insolvență este iminentă.

În cuprinsul acestei cereri, spre deosebire de cererea pentru insolvența actuală, se vor face susțineri corespunzătoare iminenței insolvenței, având în vedere definiția acestei categorii de insolvență din art. 3 alin. (1) lit. b).

Debitorul este acela care apreciază iminența stării de insolvență, în sensul că probează că nu va putea să plătească datoriile exigibile în viitor, situație care poate rezulta, de exemplu, din perspectiva acumulării de datorii în perioada care urmează, totodată cu lipsa sau insuficiența surselor de lichidități necesare pentru plata acestora, din imposibilitatea de vânzare a unor stocuri de mărfuri cu consecința lipsei afluxului de lichidități, din lipsa condițiilor obiective de asigurare a continuării activității pentru obținerea de lichidități etc. Practic, previziunea trebuie să vizeze în mod obligatoriu evoluția fluxurilor de numerar, sens în care se vor avea în vedere standardele internaționale.

Introducerea cererii în ipoteza insolvenței iminente nu are caracter obligatoriu ci este doar facultativă pentru debitor.

2.5. Semnarea cererilor

Potrivit art. 27 alin. (3) din Legea nr. 85/2006, cererile persoanelor juridice vor fi semnate de persoanele care, potrivit actelor constitutive sau statutelor, au calitatea de a le reprezenta.

Considerăm că textul de lege are în vedere persoanele fizice iar nu organe colective care dețin funcția de reprezentare, sub aspectul introducerii unei cereri în justiție. În cazul unei societăți comerciale, de exemplu, este vorba, de regulă, de administratorul statutar. Este de presupus, desigur că în raport cu acesta trebuie verificată întinderea mandatului de reprezentare pe care îl îndeplinește; în acest context în doctrină s-a apreciat că dacă mandatul administratorului nu include și o astfel de atribuție, introducerea cererii trebuie să aibă la bază hotărârea

Adunării Generale a Asociaților/Acționarilor (AGA) adoptată în condițiile legii, precum și că în general trebuie să existe în prealabil o astfel de hotărâre, având în vedere că formularea cererii poate conduce la modificări de esență în existența persoanei juridice, inclusiv la dizolvarea acesteia, aspect care ține de competența AGA iar nu a administratorului. Credem, însă, că aprecierea respectivă este doar de natură să creeze confuzie; în principiu nu se pune problema ca reprezentarea unei persoane juridice sub aspectul semnăturii să nu revină obiectiv unei persoane fizice pentru că doar o persoană fizică poate semna efectiv și nici problema că o persoană juridică nu ar avea stabilită reprezentarea prin persoane fizice în ceea ce privește semnarea unei cereri în justiție. Oricum, dacă prin absurd intervine această problemă și organele colective de conducere ale persoanei juridice intenționează să se formuleze cererea introductivă atunci trebuie să asigure îndeplinirea condiției prevăzute de art. 27 alin. (3), în sensul de a desemna persoana fizică reprezentantă, cu mandatul de a semna cererea. Altfel, semnătura prevăzută de art. 27 alin. (3) nu poate fi înlocuită, de exemplu prin hotărârea AGA, sub sancțiunea invocării și admiterii excepției lipsei calității de reprezentant. De asemenea, nu prezintă relevanță nici dacă reprezentantul persoană fizică are nevoie pentru a semna cererea de avizul, acordul AGA, pentru că art. 27 alin. (3) nu distinge în acest sens. Dacă reprezentantul semnează fără avizul obligatoriu cererea introductivă va putea sau nu să fie primită? Sau, altfel spus, se vor aprecia ca fiind prioritare în vederea respectării regulile statutare sau dispozițiile art. 27 alin. (3) din lege? Dispozițiile art. 143 din Legea nr. 85/2006 sancționează numai reprezentantul legal al persoanei juridice. Dacă acestuia îi trebuia acordul AGA și a convocat-o dar nu s-a întrunit sau nu i-a dat acordul, i se poate reține vina într-o astfel de situație? Orice detaaliere sub acest aspect, în raport cu dispozițiile statutare, excede dispozițiilor exprese ale art. 27 alin. (3), în raport cu care trebuie reținut că cererea introductivă nu trebuie să fie rezultatul AGA, deoarece dispozițiile în discuție [art. 27 alin. (3) și art. 143 alin. (1)] nu vizează decât persoana reprezentantului iar nu persoana juridică debitoare, prevalând starea de insolvență iar nu luarea deciziei de supunere față de procedură de către AGA, care ar fi doar un aspect formal. Nu se justifică în mod necesar nici opinia asocia-

ților/acționarilor față de starea de insolvență, unii putându-se chiar opune. Or, debitorul trebuie să intre în procedură și în raport cu o cerință socio-economică, superioară intereselor acționarilor. Reprezentantul legal va putea scăpa de sancțiunile penale doar dacă și fără avizul AGA va formula cererea la tribunal, urmând ca tribunalul să dispună asupra acesteia în condițiile legii. Evident, reprezentantul legal răspunde față de debitor, dacă cererea pe care a formulat-o nu era justificată.

În cazul societăților pe acțiuni care au adoptat sistemul dualist de conducere sau în care atribuția a fost delegată directorilor, reprezentarea acestora față de terți și în justiție se face prin membrii directoratului.

În cazul debitorului persoană fizică, cererea va fi semnată, evident, de către acesta.

Referitor la dispozițiile art. 27 alin. (3) trebuie precizat că din moment ce se prevede expres că cererea introductivă se semnează de către reprezentantul legal (persoană fizică) al persoanei juridice debitoare, semnătura acestuia nu va putea fi înlocuită prin aceea a procuristului sau avocatului, deci cererea nu va putea fi introdusă prin intermediul acestora, prin mandat. (Nu avem în vedere aici ipoteza privind funcționarea însăși a administratorului în această calitate în baza unui contract de mandat, ci ipoteza mandatului dat unei alte persoane pentru înlocuirea semnăturii acestuia.) Considerăm că dispozițiile art. 27 alin. (3) au caracter special, derogatoriu de la dispozițiile de drept comun din art. 67 alin. (1) C. proc. civ., deci acestor din urmă dispoziții nu li se poate reține compatibilitatea în raport cu art. 149 din lege și posibilitatea aplicării în procedura insolvenței. Semnarea cererii introductive a debitorului este, deci, o obligație *intuitu personae* pentru reprezentantul legal al persoanei juridice debitoare, tot el constituind și subiectul infracțiunii de bancrută simplă, potrivit art. 143 alin. (1) din Legea nr. 85/2006.

Sub reglementarea falimentului prevăzută de Codul comercial declarația de încetare a plăților se putea face și prin mijlocirea unui mandat. În raport cu gravele consecințe ale acestei declarații pentru tot patrimoniul debitorului și chiar față de persoana reprezentantului legal (efectele personale de natură penală, în primul rând), declarația de încetare a plăților fiind mai gravă decât un act de dispoziție, era necesar

un mandat special iar nu doar general și nu putea fi făcută nici de un prepus fără o împuternicire expresă în sensul provocării falimentului. Desigur, mandatarul era răspunzător față de mandant dacă din neglijență nu declara în termen legal încetarea plăților, dar nu el era supus sancțiunilor penale, decât în anumite cazuri.

2.6. Tardivitatea și prematuritatea cererii. Reaua-credință. Sancțiuni

În principiu, sub aspectul atitudinii debitorului față de starea de insolvență, acesta este interesat să ceară deschiderea procedurii pentru insolvența iminentă, la acel moment existând șanse de reorganizare și de acceptare a acesteia de către creditorii, șanse care scad pe măsură ce insolvența devine actuală. Atunci când are probleme financiare debitorul se poate manifesta de la extrema în sensul că se decide să rezolve problemele continuând afacerea cu mijloace inadecvate sau chiar ruinătoare, ceea ce are ca efect întârzierea deschiderii procedurii, la extrema în sensul că utilizează cu rea-credință reglementarea procedurii cerând prematur deschiderea acesteia, pentru a se pune la adăpostul ei.

Cererea introductivă nu este pusă la dispoziția debitorului pentru ca acesta să o formuleze contrar scopului legal al procedurii, cum ar fi în scopul de a tergiversa procesele aflate pe rol, în raport cu suspendarea de drept a judecății acestora în baza art. 36 din lege, sau pentru a împiedica executările silite în care este debitor (în baza aceluiași art. 36 din lege), pentru a întrerupe curgerea dobânzilor sau penalităților sau alte efecte ale deschiderii procedurii care l-ar putea avantaja, pe calea formulării premature a cererii.

Creditorii pot fi prejudiciați nu numai prin întârzierea deschiderii procedurii, în urma introducerii tardive sau chiar a neintroducerii cererii, cu efectul accentuării stării de insolvență și, în consecință, al reducerii șanselor de acoperire a creanțelor, ci și prin prematuritatea cererii, astfel cum s-a arătat.

2.6.1. Tardivitatea cererii

În raport cu nerespectarea cerințelor de termen din art. 27 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 [adică dacă se întârzie formularea cererii introductive, sau nu se formulează aceasta timp de mai mult de 6 luni de la împlinirea termenului de 30 de zile prevăzut de art. 27 alin. (1)] legiuitorul sancționează prin art. 143 din lege doar întârzierea, fie și din neglijență nu numai cu intenție, a formulării cererii precum și neintroducerea deloc a cererii (omisiunea), care este o variantă mai gravă a întârzierii.

Doar dispozițiile art. 143 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 prevăd că neintroducerea sau introducerea tardivă constituie infracțiunea de bancrută frauduloasă, care vizează debitorul persoană fizică sau reprezentantul legal al debitorului persoană juridică. Apare, însă, în materie penală, problema stabilirii momentului de la care încep să curgă cele 30 de zile, la care se adaugă 6 luni, prevăzute de textul de lege. Legea nr. 85/2006 în ansamblu nu prevede că ar trebui stabilită data încetării plăților decât în unele cazuri - de exemplu cel prevăzut de art. 138 alin. (4) etc. Desigur, însă, că data apariției insolvenței se poate stabili în fapt, fiind data la care cel puțin pentru o creanță au încetat plățile - fără a se mai adăuga și cele 30 de zile prevăzute de art. 3 alin. (1); nu apreciem că ar putea apărea vreun impediment la stabilirea datei respective de către procuror sau de judecătorul în materie penală.

Dispozițiile art. 138 alin. (1) lit. c) și f) prevăd, de asemenea, fapte care implică întârzierea formulării cererii, dar în mod evident, ca și în cazul art. 143 alin. (1), nu este vorba de aceeași răspundere ca în cazul răspunderii pentru depunerea tardivă sau omisiunea depunerii și, de altfel, chiar și faptele sunt diferite în cele două cazuri.

Aferent procesului penal privind infracțiunea menționată se poate răspunde și material (în modalitățile cunoscute din dreptul comun sub acest aspect). Nu constituie obiectul infracțiunii de bancrută sau al altei infracțiuni formularea prematură a cereri introductive de către debitor.

Din cele arătate rezultă că în cazul insolvenței actuale, dacă se întârzie 30 de zile plus 6 luni practic nu intervine nici infracțiunea de bancrută simplă și nici o altă anume sancțiune pentru debitor sau reprezentantul legal al acestuia (desigur, însă, că rămâne posibilă

aplicarea răspunderii prevăzută de art. 138, dar în mod specific și dacă sunt îndeplinite condițiile speciale pentru aceasta). Practic, sub aspect direct, termenul de 30 de zile rămâne aproape fără nici o valoare, deși legiuitorul i-a acordat o importanță deosebită.

Într-o opinie exprimată în doctrină s-a susținut că dispoziția de sancționare nu trebuie să fie doar expresă ci și virtuală, iar o normă legală trebuie interpretată în sensul aplicării ei și, în consecință, dacă apare un prejudiciu ca urmare a tardivității cererii, acesta poate fi reparat în baza art. 998-1003 C. civil, pe calea răspunderii civile delictuale, care presupune formularea de către cel prejudiciat a unei declarații de creanță egală cu prejudiciul suferit, analizarea acesteia revenind în competența judecătorului sindic, iar nu a practicianului în insolvență, care va da o hotărâre pentru trecerea în tabelul definitiv.

Considerăm că opinia este eronată. Autorul opiniei exclude faptul că o normă legală intră în vigoare pentru a fi aplicată, iar o sancțiune virtuală nu poate determina decât tot o „aplicare” virtuală a ei. În mod evident, în ipoteza în discuție legiuitorul a vrut să instituie doar răspunderea penală în baza art. 143 alin. (1) din lege (bineînțeles, cu răspunderea materială aferentă judecății penale) iar nu și o acțiune în despăgubiri specifică, intrinsecă procedurii insolvenței. În aceste condiții nici aplicarea art. 998-1003 C. civ. nu e compatibilă cu dispozițiile din Legea nr. 85/2006, dar teoretic promovarea unei astfel de acțiuni, în baza dreptului comun nu este exclusă, ci doar discutabilă. Obținând o hotărâre judecătorească, reclamantul s-ar putea înscrie la masa credală, dar în fapt este improbabil ca judecata acțiunii de drept comun să se finalizeze mai înainte de definitivarea tabelului obligațiilor debitorului, în raport cu acest risc fiind îndoielnic dacă legiuitorul ar fi avut-o în vedere.

Sanțiunea penală (sau o altă sancțiune în general) intervine doar în ipoteza în care există obligația legală de introducere a cererii de deschidere a procedurii, deci în cazul insolvenței actuale [art. 27 alin. (1)] iar nu și când este vorba de caracterul facultativ al acestui demers [art. 27 alin. (2)].

2.6.2 Prematuritatea cererii

În conformitate cu prevederile art. 27 alin. (4) din Legea nr. 85/2006, introducerea prematură, cu rea-credință de către debitor a unei cereri de deschidere a procedurii atrage răspunderea patrimonială a debitorului, persoană fizică sau juridică, pentru prejudiciile pricinuite.

Legiuitorul a avut în vedere, prin art. 27 alin. (4) să sancționeze nu reprezentantul legal ci chiar debitorul în sine, persoană fizică sau juridică, prin atragerea răspunderii patrimoniale, pentru introducerea prematură a cererii (pentru atragerea răspunderii organelor de conducere, iar nu a debitorului nu se poate face decât acțiune de drept comun, la instanța de drept comun și nu sunt aplicabile nici dispozițiile art. 138 din Legea nr. 85/2006). Prin prevederile legale în discuție, legiuitorul a avut în vedere drept scop urmărit de debitor nu numai ceea ce a exprimat în mod expres în textul de lege, adică introducerea cererii, pentru că aceasta nu are un alt efect în sine decât judecata cererii, iar dreptul de petiționare este liber, ci mai mult și, anume, aspectul deschiderii procedurii ca urmare a unei cereri premature, deschiderea fiind aceea care este în măsură să atragă efecte prejudiciabile pentru creditorii. În raport cu această susținere se poate discuta, însă, că din moment ce se deschide procedura, considerându-se ca fiind dovedite condițiile legale prevăzute în acest scop, referitor fie la insolvență actuală, fie la insolvență iminentă, de ce s-ar mai considera cererea ca fiind prematură! Or, în fapt este posibil ca aprecierea îndeplinirii condițiilor pentru deschiderea procedurii să fi intervenit în mod greșit [iar în forma inițială a Legii nr. 85/2006, dispozițiile art. 32 alin. (2) prevedeau ipoteza în care, la soluționarea opoziției, se lasă deschisă procedura cu consecința considerării cererii introductive ca prematură]. Pentru a se stabili practic ceea ce înseamnă prematuritatea cererii, trebuie reținută formularea cererii cu intenția de obținere a deschiderii procedurii, pentru a se beneficia de efectele acesteia, deși nu sunt îndeplinite condițiile legale în acest sens: de exemplu, datoriile nu sunt scadente sau debitorul dispune de lichidități dar, deși are cunoștință despre aceasta, totuși formulează cererea, cu rea - credință.

În doctrină s-a pus și problema măsurii în care prematuritatea se poate reține atât în cazul cererii pentru insolvență actuală cât și al cererii

pentru insolvență iminentă, răspunsul fiind pozitiv pentru ambele cazuri.

Pentru reținerea prematurității cererii pot fi invocate și dispozițiile art. 723 alin. (1) și (2) C. proc. civ., ca temei juridic în completare.

*

Acțiunea în atragerea răspunderii patrimoniale a debitorului în baza art. 27 alin. (4) ar trebui să fie de competența tribunalului, prin judecătorul sindic, cel puțin în cazul în care este judecată în cadrul procedurii propriu-zise, după ce s-a deschis aceasta, pentru că ar fi vorba de realizarea unei pretenții (creanțe) împotriva debitorului, iar în baza art. 36 la instanța de drept comun ar interveni suspendarea cu privire la o astfel de acțiune, în condițiile în care este deschisă procedura insolvenței. Dar, în principiu, reținerea existenței prematurității conduce la respingerea cererii introductive a debitorului, cu consecința nedeschiderii procedurii. Practic, în măsura în care prematuritatea se pune în discuție imediat după introducerea cererii debitorului, sunt posibile două cazuri (varianțe): A) fie se respinge cererea ca prematură (de fapt, ca neîntemeiată), nefiind încă îndeplinite condițiile prevăzute de lege pentru deschidere; B) fie se deschide procedura în ideea că între timp, până la judecată, cererea de deschidere a devenit una privind insolvența iminentă sau actuală.

În primul caz (A), ar trebui să se mențină procedura în sens larg pe rol dacă totodată tribunalul a fost sesizat și cu o acțiune în temeiul art. 27 alin. (4) pentru repararea prejudiciului, pentru a se soluționa acțiunea în cadrul procedurii sau, închizându-se procedura, să se formuleze acțiunea la instanța de drept comun?

Referitor la acest aspect s-a exprimat și ideea în sensul că respingerea cererii introductive nu exclude posibilitatea continuării procedurii într-un sens larg, doar pentru judecarea acțiunii formulate în temeiul art. 27 alin. (4) din lege, considerându-se că a fost respinsă cererea introductivă doar în ceea ce privește deschiderea procedurii propriu-zise; reclamânți ar fi unul sau mai mulți creditori, iar competența de judecată ar reveni tribunalului, prin judecătorului sindic. Dar, dacă s-ar admite acțiunea în repararea prejudiciului în cadrul unei proceduri privită în sens larg, nu s-ar putea reține că este vorba de o creanță chirografară născută în timpul procedurii și, mai important, sentința în acest sens nu

ar putea fi executată împotriva debitorului într-o procedură a insolvenței propriu-zisă pentru că așa ceva nu mai există din moment ce s-a respins cererea introductivă. Prin urmare nu s-ar putea întocmi un tabel al obligațiilor debitorului, practicianul în insolvență nu ar fi în măsură să exercite atribuțiile corespunzătoare necesare, iar executarea titlului executoriu s-ar putea face recurgându-se doar la dreptul comun. În mod evident, ar fi întru totul nejustificat și lipsit de interes să se judece acțiunea în repararea prejudiciului în cauza de insolvență respectivă. Practic, se poate reține că judecata acțiunii în repararea prejudiciului ar fi intrinsecă procedurii propriu-zise doar în ipoteza în care aceasta ar fi deschisă (sau ar rămâne deschisă, chiar dacă s-a reținut prematuritatea cererii introductive cu consecința respingerii cererii respective, astfel cum prevedeau dispozițiile art. 32 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 în forma inițială, anterior modificării prin Legea nr. 277/2009), ceea ce nu este cazul în actuala reglementare, pentru varianta A avută în vedere. Prin urmare, din moment ce procedura propriu-zisă nu este deschisă, cererea introductivă fiind respinsă pe motiv de prematuritate, acțiunea în discuție poate reveni doar în competența instanței de drept comun, în această situație nepunându-se problema suspendării în baza art. 36. Dovada referitoare la prematuritate o va constitui hotărârea de respingere a cererii introductive pentru prematuritate, urmând să se facă dovada relei-credințe și a prejudiciului.

În al doilea caz (B), chiar dacă s-a deschis procedura insolvenței în condițiile în care prematuritatea de la data cererii introductive a evoluat până la data judecării cererii în insolvență actuală sau iminentă, se poate justifica în continuare aprecierea de prematuritate, în baza căreia poate fi admisă acțiunea în atragerea răspunderii. Aceasta pentru că între data cererii introductive și momentul la care a apărut insolvența actuală sau iminentă, cererea introductivă a fost prematură și a putut să producă prejudicii. Prin urmare, în acest caz, judecata acțiunii în acoperirea prejudiciilor va putea fi judecată în mod aferent procedurii insolvenței, în condițiile în care este deschisă o procedură propriu-zisă și nu se pune problema eventualei judecări la o instanță de drept comun deoarece judecata respectivă ar fi supusă suspendării în baza art. 36 din lege, iar rațiunea unei astfel de suspendări este tocmai soluționarea litigiului respectiv în cadrul procedurii insolvenței. Referitor la cadrul

procesual, se va avea în vedere calitatea de reclamant în deosebi pentru creditorii și reprezentarea debitorului potrivit regulilor specifice procedurii insolvenței, urmând să se probeze atât prematuritatea, cât și prejudiciul, precum și reaua-credință.

În cazul în care prin opoziție la deschiderea procedurii se susține prematuritatea cererii introductive, dacă se dovedește aceasta, încheierea de deschidere se va revoca. Revocarea intervine, deci, în cazul în care deschiderea procedurii s-a dispus în mod nevalabil, nefiind îndeplinite cerințele legale în acest sens, indiferent dacă a fost vorba de insolvență actuală sau de insolvență iminentă. În acest context, o eventuală acțiune în repararea prejudiciilor se va formula la instanța de drept comun.

În forma inițială a Legii nr. 85/2006 prin art. 32 alin. (2) se prevedea că se păstrează deschisă procedura, cu consecința calificării cererii debitorului de deschidere ca fiind prematură, pentru atragerea răspunderii patrimoniale. Menținerea deschiderii procedurii intervenea doar pentru a se putea formula acțiunea de atragere a răspunderii în cadrul procedurii, iar nu și pentru a se efectua în continuare și actele specifice procedurii insolvenței (procedurii propriu-zise).

*

Legiuitorul a prevăzut atragerea răspunderii patrimoniale doar pentru introducerea prematură a cererii cu rea-credință. Cum buna-credință se prezumă, rezultă că reclamantul va trebui să probeze reaua-credință a debitorului.

În doctrină s-a apreciat că acțiunea în atragerea răspunderii implică răspunderea civilă delictuală, potrivit art. 998-1003 C. civ., în care doar vinovăția vizează reaua-credință, iar nu și simpla culpă, celelalte condiții care trebuie să fie îndeplinite privind fapta ilicită, prejudiciul, legătura de cauzalitate. Subscriem la această opinie.

În practică judiciară cererile debitorului de deschidere a procedurii insolvenței sunt relativ rare, dar nu inexistente (cazurile de „autofalimente” provocate având chiar un impact negativ), iar o cerere de deschidere prematură este cu atât mai rară.

S-a susținut că prin hotărârea de deschidere (în cazul celei de respingere, prin definiție, nu se poate reține nici măcar existența stării de insolvență) judecătorul sindic ar trebui să prevadă data apariției stării de insolvență, pentru că astfel s-ar putea stabili mai ușor dacă debitorul

a depus la timp cererea. Or, legea nu prevede o asemenea dispoziție în cuprinsul hotărârii de deschidere, administrarea probelor necesare sub acest aspect riscând să tergiverseze judecata cererii introductive, cu atât mai mult cu cât stabilirea datei respective a comportat dintotdeauna discuții referitor la criteriile incidente.

Dispozițiile din finalul art. 32 alin. (2) din lege în sensul că „deschiderea ulterioară a procedurii, la cererea debitorului sau a creditorilor, nu va putea modifica data apariției stării de insolvență”, menținute și în reglementarea actuală, implică unele distincții necesare.

Astfel, dispozițiile respective au fost avute în vedere prin raportare la dispoziția de revocare a măsurii deschiderii procedurii în cazul admiterii opoziției creditorilor. În ipoteza opoziției, dacă după deschiderea procedurii, cât rămâne cauza pe rol și creditorii formulează în paralel cereri de deschidere a procedurii, acestea se conexează la dosarul privind cererea debitorului, potrivit art. 31 alin. (5) din lege și, dacă intervin ulterior deschiderii procedurii deja dispuse, sunt lipsite practic de scopul propriu-zis pentru care au fost formulate; de asemenea, nici eventuala solicitare prin opoziție a dispunerii unei alte modalități a procedurii decât aceea deja deschisă nu are legătură cu aspectul în discuție. Dacă după ce prima procedură deschisă nu mai este pe rol, ca urmare a admiterii opoziției, debitorul sau creditorii formulează o altă cerere de deschidere a procedurii și aceasta este admisă, legiuitorul a prevăzut potrivit art. 32 alin. (2) că va rămâne valabilă aceeași dată de apariție a stării de insolvență, ceea ce înseamnă că a doua deschidere a procedurii ar trebui să aibă legătură cu starea de insolvență invocată prin cererea la care s-a referit opoziția admisă. Din formularea textului de lege nu rezultă, însă, rațiunile sau scopul pentru care a fost edictat acesta. Practic, din moment ce prima procedură deschisă nu mai este pe rol, deci debitorul a ieșit de sub amenințarea insolvenței, care poate a fost reținută și în mod greșit, o nouă cerere de deschidere ar trebui să aibă la bază o altă stare de insolvență, cu o altă dată de apariție. Ar fi necesar, prin urmare, ca *de lege ferenda*, legiuitorul să aducă precizările corespunzătoare dispozițiilor în discuție.

Posibilitatea de interpretare a dispozițiilor art. 32 alin. (2) în sensul că dacă până la soluționarea opoziției, aspectul prematurității a fost înlocuit prin insolvența iminentă (sau chiar insolvența actuală), aceasta

ar justifica menținerea deschiderii; nu este cazul să fie reținută pentru că o astfel de situație ar determina în primul rând respingerea opoziției și implicit menținerea încheierii de deschidere.

2.7. Actele care însoțesc cererea debitorului [art. 28 alin. (1)]

Debitorul nu îndeplinește cerințele legii dacă se limitează numai la a formula cererea introductivă prin care pretinde că se află în insolvență, fără să atașeze cererii sale anumite acte. Scopul atașării actelor prezintă numeroase valențe, în sensul de a folosi, după caz creditorilor, practicianului în insolvență, instanței, pentru convocarea creditorilor, verificarea creanțelor, stabilirea activului procedurii, întocmirea rapoartelor, promovarea unor acțiuni în anulare sau a cererilor în atragerea răspunderii patrimoniale pentru pasivul debitorului, de a înlesni cercetarea asupra măsurii în care există sau nu elementele constitutive ale infracțiunilor în materia insolvenței etc.

*

Potrivit art. 28 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 actele care trebuie atașate cererii debitorului (în copie certificată de reprezentantul legal, cu ștampila debitorului) sunt următoarele:

a) bilanțul certificat de către administrator și de cenzor/auditor, bilanșa de verificare pentru luna precedentă datei înregistrării cererii de deschidere a procedurii.

Sub reglementarea Codului comercial bilanțul care se cerea pentru cererea debitorului se deosebea de cele întocmite de comerciant în exercițiul normal al comerțului său, justificat de cerințele procedurii. Astfel, bilanțul se compunea din 4 părți distincte, prin care se urmărea:

1. Arătarea activului, cu indicarea și estimarea tuturor bunurilor mobile și imobile, precum și a propriilor creanțe împotriva unor debitori;

2. Arătarea pasivului, indicându-se suma fiecărei datorii, numele și adresa fiecărui creditor și, pe cât se poate, cauza fiecărei datorii;

3. Tabloul profitului și pierderilor, care arată cum s-au soldat exercițiile anuale ale activității comerciale;

4. Tabloul cheltuielilor personale și ale familiei, pe tot exercițiul comerțului dacă se poate.

Întocmirea bilanțului se bazează pe registrele debitorului; or depunerea acestora nu mai este prevăzută de Legea nr. 85/2006. Pentru aplicarea dispozițiilor art. 138 alin. (1) lit. d) din lege, acestea ar fi imperios necesare, chiar ținute neregulate.

Oricum, depunerea de către debitor a actelor contabile menționate este obligatorie pentru a se ști cu exactitate situația financiară a debitorului, pe care o reflectă, iar această situație este necesară pentru verificarea activului și pasivului debitorului.

În cazul în care cererea introductivă este depusă de debitor la începutul unei luni, atunci când balanța pe luna anterioară încă nu este întocmită, s-a susținut în doctrină că debitorul poate depune balanța pe luna dinaintea celei anterioare depunerii cererii introductive. Considerăm că o astfel de interpretare este contrară formulării exprese a legii. Chiar dacă la acel moment încă nu este întocmită balanța pe luna anterioară, devin aplicabile dispozițiile art. 28 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, debitorul având la dispoziție 10 zile pentru a depune balanța prevăzută de lege, iar nu alta.

*

b) o listă completă a tuturor bunurilor debitorului, incluzând toate conturile și băncile prin care debitorul își derulează fondurile; pentru bunurile grevate se vor menționa datele din registrele de publicitate;

Lista servește stabilirii activului și sarcinilor care îl grevează.

Lista trebuie să cuprindă toate bunurile din averea debitorului – imobile, mobile, sume de bani. Precizăm că este vorba de toate bunurile din averea debitorului atât acelea nesusceptibile cât și acelea care sunt susceptibile de executare silită, în raport cu dispozițiile Codului de procedură civilă. Dispozițiile art. 380 C. proc. civ., referitoare la bunurile supuse executării civile, au fost abrogate prin O.U.G. nr. 138/2000. Prin urmare vor trebui considerate drept bunuri susceptibile de executare silită toate celelalte bunuri care nu sunt exceptate de la executarea silită potrivit dispozițiilor art. 406, 407, 409 C. proc. civ. (de remarcat că dispozițiile respective se referă în majoritate la bunuri exceptate în raport cu persoane fizice).

Din lista tuturor bunurilor, vor avea relevanță pentru procedura insolvenței bunurile susceptibile de executare silită și doar acestea vor intra în ceea ce în cuprinsul legii se înțelege prin „averea debitorului”, însemnând activul debitorului, masa activă în procedura insolvenței. Potrivit art. 3 pct. (2) din Legea nr. 85/2006, averea debitorului reprezintă totalitatea bunurilor și drepturilor sale patrimoniale, inclusiv cele dobândite în cursul procedurii insolvenței, care pot face obiectul executării silite, în condițiile reglementate de Codul de procedură civilă.

Considerăm că dacă debitorul deține bunuri aflate în proprietatea unor terțe persoane, închiriate, sau bunuri aflate în patrimoniul său dar supuse executării silite de către terțe persoane înaintea deschiderii procedurii, trebuie să se facă precizările necesare, pentru a se evita neînțelegerile ulterioare în ceea ce privește aplicarea procedurii cu privire la acestea.

Trebuie ca lista să privească bunurile existente în patrimoniul debitorului la data cererii introductive.

Nu trebuie omis să se prezinte de către debitor și lista clienților neîncasați (propriile creanțe față de alte persoane).

În ceea ce privește conturile bancare existente la data cererii introductive, se vor indica atât cele operaționale cât și cele neoperaționale rămase neînchise, din țară sau din străinătate. În cazul persoanei fizice se vor indica atât bunurile, conturile prin care aceasta își exercită comerțul cât și cele proprii.

Registrele de publicitate sunt, după caz, cartea funciară, arhiva electronică s.a.

*

c) O listă a numelor/denumirilor și a adreselor creditorilor, evident a celor cunoscute, oricum ar fi creanțele acestora: certe sau sub condiție, lichide ori nelichide, scadente sau nescadente, necontestate ori contestate, arătându-se suma, cauza și drepturile de preferință;

Lista servește efectuării convocării, notificării creditorilor, stabilirii pasivului debitorului.

Se au în vedere creditorii existenți la data cererii introductive, astfel cum rezultă din evidențele contabile ale debitorului.

Lista trebuie să cuprindă în mod necesar și adresele creditorilor, la care vor fi notificați aceștia în cazul în care se va deschide procedura, potrivit art. 61 din Legea nr. 85/2006.

*

d) o listă cuprinzând plățile și transferurile patrimoniale efectuate de debitor în cele 120 de zile anterioare înregistrării cererii introductive.

Prin raportare la această listă, practicianul în insolvență desemnat în cauză va putea aprecia dacă este cazul să formuleze o cerere de atragere a răspunderii patrimoniale a membrilor organelor de conducere în baza art. 138 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 85/2006 (în cazul plăților) sau o acțiune în anularea transferurilor patrimoniale. Sub acest din urmă aspect este de reținut că dispozițiile art. 28 alin. (1) lit. d) au în vedere doar transferurile efectuate de debitor în perioada de 120 de zile anterioară deschiderii procedurii, ceea ce corespunde doar acțiunilor în anulare întemeiate pe dispozițiile art. 80 alin. (1) lit. d), e), f) din Legea nr. 85/2006. Dispozițiile art. 79 și 80 din lege au în vedere, însă, acțiuni în anulare pentru acte frauduloase, constituirii sau transferuri efectuate într-o perioadă de maxim 3 ani anterior deschiderii procedurii. Din neconcordanța perioadei de maxim 3 ani avută în vedere de art. 79, 80 cu perioada de 120 de zile la care se referă art. 28 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 85/2006 nu este cazul să se considere că legiuitorul ar fi avut în vedere ca perioada suspectă să nu se poată întinde pe 3 ani anteriori deschiderii procedurii, cu consecința posibilității formulării de acțiuni în anulare și potrivit prevederilor din art. 79, 80, care se referă la acte încheiate în perioada cuprinsă între 120 de zile și 3 ani înaintea deschiderii procedurii. Nu trebuie reținut că dispozițiile art. 28 lit. d) ar delimita în mod exclusiv perioada suspectă (ci dispozițiile art. 79 și 50). Prevederile art. 28 lit. d) s-au rezumat doar la o perioadă de 120 de zile deoarece plățile și transferurile din ultimii 3 ani pot fi în unele cazuri în număr extrem de mare, ceea ce nu ar facilita realizarea listei în termen util. În acest context legiuitorul a apreciat că perioada de 120 de zile este cea mai critică în sensul de perioadă suspectă și raportul privind cauzele insolvenței și persoanele răspunzătoare de starea de insolvență trebuie întocmit într-un termen scurt de la deschiderea procedurii. În schimb, pentru introducerea acțiunilor în anulare legea prevede un termen relativ mai îndelungat, în raport cu care există timp suficient

după deschiderea procedurii pentru analiza de către practician a situației unor acte juridice încheiate de debitor.

Potrivit art. 35 din Legea nr. 85/2006 debitorul are la dispoziție un termen de 10 zile de la deschiderea procedurii la cererea creditorului, pentru îndeplinirea obligației legale privind depunerea la dosarul cauzei a actelor și informațiilor prevăzute de art. 28 alin. (1) din lege. În raport cu aceste dispoziții rezultă că lista cuprinzând plățile și transferurile patrimoniale făcute de debitor în cele 120 de zile anterioare deschiderii procedurii trebuie depusă de acesta odată cu cererea sa introductivă dar și după deschiderea procedurii în baza cererii introductive a creditorului.

*

e) o listă a activităților curente pe care debitorul intenționează să le desfășoare în perioada de observație.

Sub acest aspect, debitorul trebuie să depună, practic (bineînțeles dacă e cazul în fapt), un plan de activitate (care nu se confundă cu planul de reorganizare), privind activitatea curentă în înțelesul acesteia din art. 3 alin. (14) și art. 49 din Legea nr. 85/2006, care va fi continuată pe perioada de observație, având în vedere o estimare a duratei acesteia în medie de circa 6 luni. Astfel de activități pot fi, de exemplu, continuarea producției contractate, plățile și încasările aferente acesteia etc. În condițiile în care este de presupus că debitorul are cunoștință despre propria activitate, se justifică indicarea de către acesta a activităților care trebuie continuate și după deschiderea procedurii, în cursul perioadei de observație, continuare care se face în primul rând în baza principiului maximizării averii debitorului și care are legătură directă în primul rând cu instituția menținerii/ denunțării actelor juridice încheiate de debitor (în primul rând contracte), la care se referă art. 86 și următoarele din Legea nr. 85/2006.

Aparent, în raport cu cele arătate, din moment ce continuarea unor activități este prevăzută doar pentru perioada de observație, lista cu activitățile care vor fi continuate s-ar justifica doar în cazul în care prin cererea introductivă debitorul cere deschiderea procedurii generale pentru că doar în cazul acesteia legiuitorul a avut în vedere înțelesul obișnuit al perioadei de observație, iar nu și în cazul în care se solicită deschiderea procedurii simplificate (a falimentului). În concret, însă, și

în cazul deschiderii procedurii simplificate, dacă în fapt este necesar, se impune realizarea actelor de procedură la care se referă art. 86 și urm. din lege, verificarea creanțelor etc., adică a unor acte specifice perioadei de observație, astfel că obiectul și durata perioadei de observație prevăzută de art. 3 pct. 25 din lege pentru această modalitate de procedură nu trebuie limitate nici sub aspectul continuării activității curente. De exemplu, nu întotdeauna activitatea pe o linie de producție poate fi stopată chiar de la data deschiderii procedurii simplificate, implicând necesitatea continuării activității respective. Prin urmare, depunerea listei prevăzută de art. 28 lit. d) este necesară și în acest caz.

Planul de activitate trebuie să asigure că nu vor fi prejudiciate interesele creditorilor în procedură (plata creanțelor), în raport cu continuarea activității.

*

f) contul de profit și pierdere pe anul anterior depunerii cererii;

Acest înscris reflectă rezultatele debitorului în anul financiar-economic anterior, putând servi pentru analiza situației debitorului sub aceste aspecte în cadrul exercitării atribuției corespunzătoare de către practicianul în insolvență, pentru fundamentarea planului de reorganizare.

*

g) o listă a membrilor grupului de interes economic sau, după caz, a asociațiilor cu răspundere limitată, pentru societățile în nume colectiv și cele în comandită, incluzând nume/denumire, adresă/sediu, precum și relațiile de la registrul comerțului referitor la înregistrarea datelor menționate, sub aspect probatoriu.

Utilitatea acestei liste rezultă în urma raportării la prevederile art. 29 din Legea nr. 85/2006, potrivit căreia în cazul unei cereri introduse de o societate în nume colectiv sau în comandită, acea cerere nu va fi considerată ca fiind făcută și de asociații cu răspundere nelimitată ori, în condițiile art. 31-33, și împotriva lor. Aceasta în condițiile în care, potrivit dispozițiilor Legii nr. 161/2003, în lipsă de stipulație contrară, membrii grupului răspund nelimitat și solidar pentru obligațiile grupului de interes economic, iar potrivit Legii nr. 31/1990 asociații în societatea în nume colectiv și cei comandați în societatea în comandită simplă sau în comandită pe acțiuni răspund, de asemenea, nelimitat și solidar

pentru obligațiile societății. Or, potrivit art. 126 din Legea nr. 85/2006, în cazul în care bunurile care alcătuiesc averea unui grup de interes economic ori a unei societăți în nume colectiv sau în comandită nu sunt suficiente (ceea ce înseamnă că nu acoperă în parte sau în tot creanțele) pentru plata creanțelor înregistrate în tabelul definitiv consolidat de creanțe, împotriva grupului sau a societății judecătorul sindic va autoriza executarea silită, în condițiile legii, împotriva asociaților cu răspundere nelimitată sau, după caz, a membrilor, pronunțând o sentință definitivă sau executorie, care va fi pusă în executare de lichidator, prin executorul judecătoresc, aceasta însemnând o răspundere subsidiară.

*

h) o declarație prin care debitorul își arată intenția de intrare în procedura simplificată sau de reorganizare (adică în procedura generală a insolvenței), conform unui plan, prin restructurarea activității ori prin lichidarea, în tot sau în parte, a averii, în vederea stingerii datoriilor sale; dacă această declarație nu va fi depusă până la expirarea termenului stabilit la alin. (2), se prezumă că debitorul este de acord cu inițierea procedurii simplificate.

Odată cu cererea introductivă sau în termen de 10 zile, debitorul trebuie să își exprime, printr-o declarație, opțiunea între reorganizare și lichidare, respectiv, între procedura generală și procedura simplificată. Dacă cererea debitorului corespunde cerințelor legale prevăzute la art. 27, art. 1 alin. (1), iar declarația dată de debitor în baza art. 28 alin. (1) lit. h) este în sensul reorganizării judiciare, judecătorul sindic poate pronunța o încheiere de deschidere a procedurii generale. În lipsa declarației în orice sens legiuitorul a instituit în cuprinsul art. 28 alin. (1) lit. h) prezumția acordului debitorului pentru deschiderea procedurii simplificate. Tot în sensul deschiderii aceleiași procedurii, legiuitorul a prevăzut, la art. 32 alin. (1) că în cazul în care prin declarația făcută conform art. 28 alin. (1) lit. h) debitorul își arată intenția de a intra în procedura simplificată sau nu depune documentele prevăzute la art. 28 alin. (1) lit. a)-f) și h) la termenul prevăzut la art. 28 alin. (2) ori se încadrează în una dintre categoriile prevăzute la art. 1 alin. (2), judecătorul va pronunța o încheiere de deschidere a procedurii simplificate.

Prevederea unei astfel de dispoziții a fost apreciată în doctrină ca nefiind benefică atât pentru debitor, care se vede lipsit de posibilitatea

reorganizării, cât și pentru creditori, care sunt lipsiți, față de cota falimentară pe care o pot primi în procedura simplificată, de șansele mai mari de acoperire a creanțelor lor pe calea reorganizării judiciare. În ceea ce privește debitorul, la formularea cererii introductive acesta, în concret, poate fie să se afle în unul dintre cazurile prevăzute de art. 1 alin. (2) [situație în care prin declarația dată trebuie să vizeze procedura simplificată, deoarece dacă formulează o declarație în sensul reorganizării judiciare, aceasta nu îi va fi luată în considerație din moment ce se probează intervenirea unuia din cazurile prevăzute de art. 1 alin. (2)] fie să nu se afle într-unul dintre cazurile prevăzute de art. 1 alin. (2), ci în unul dintre cazurile prevăzute de art. 1 alin. (1), ipoteză în care are pe de o parte, posibilitatea să facă o declarație de procedură simplificată (pentru că nimic nu îi interzice) și, pe de altă parte, deși ar trebui să aibă necondiționat posibilitatea deschiderii procedurii generale, nu poate beneficia efectiv de această posibilitate decât dacă formulează și declarația prevăzută de art. 28 lit. h) în sensul reorganizării judiciare. Aceasta din urmă ar însemna că în mod inechitabil debitorul nu are șanse la reorganizare chiar dacă nu se află în unul din cazurile art. 1 alin. (2), decât sub condiția depunerii declarației de reorganizare. De asemenea, în ceea ce privește prejudicierea creditorilor, autorii opiniei în discuție rețin că în baza art. 28 alin. (1) lit. h) un debitor nu poate fi oprit, chiar dacă îndeplinește condițiile de a accede la reorganizarea judiciară, să recurgă cu rea-voință, în scopul lezării intereselor creditorilor, la nedepunerea declarației sau la formularea unei declarații de intrare în procedura simplificată, iar nu de reorganizare judiciară, judecătorul sindic fiind obligat să deschidă procedura simplificată.

Spre deosebire de această opinie, reținem că prin Legea nr. 85/2006 legiuitorul, pornind de la premisa că uneori reorganizarea judiciară poate fi mai favorabilă atât intereselor debitorului cât și ale creditorului decât falimentul (chiar și față de o reorganizare încercată de debitor mai înainte de formularea cererii introductive - pentru că aceea din procedură aduce avantajul stopării curgerii accesoriilor la debite, un cadru organizat legal, practicieni în insolvență experimentați etc.), a urmărit să promoveze și unele dispoziții având ca scop responsabilizarea, conștientizarea debitorului în legătură cu starea sa de insolvență și modalitatea de procedură care îi este aplicabilă. În lipsa responsabilității și a conștientizării din

partea debitorului, prevederea legală în discuție constituie o piedică în calea intenției acestuia de a beneficia de reorganizarea judiciară, pentru motivul că nu merită o astfel de procedură. Din coroborarea art. 28 alin. (1) lit. h) cu art. 32 alin. (1) rezultă posibilitatea reală a deschiderii unei proceduri simplificate dacă debitorul formulează o declarație în acest sens deși îndeplinește în fapt cerințele pentru deschiderea procedurii generale. Reaua intenție într-un astfel de context se reflectă în așa-zisele falimente „premeditate”, „comandate”. De exemplu, se constituie o societate comercială doar în scopul real de a lansa un proiect de construire a unui ansamblu de locuințe pentru care aceasta va percepe un avans substanțial de la cât mai mulți dintre viitorii beneficiari, după care banii astfel obținuți sunt în fapt dosiți sub acoperirea unor documente care indică în mod nereal cheltuirea lor în preținse lucrări de construcție demarate, iar la un moment oportun, pregătit și acesta cu premeditare, se invocă ajungerea în insolvență din motive de criză, pentru a se justifica nu numai imposibilitatea plății creditorilor în derularea procedurii insolvenței dar și exonerarea membrilor conducerii societății de răspunderea materială prevăzută de art. 138 din lege.

În practica judiciară au fost rare cazurile în care s-a realizat o reorganizare judiciară reușită, pentru că, în general, într-o economie de tranziție punctată de diferite perioade de criză nu există stabilitatea și acumularea materială necesare pentru susținerea unei reorganizări judiciare. Prin urmare, în mod obiectiv, reducerea șanselor la reorganizarea judiciară în raport cu prevederile legale în discuție nu este în măsură să lezeze decât mai mult teoretic iar nu și efectiv interesele debitorului sau ale creditorilor.

De altfel, la rândul lor, creditorii ar trebui să aibă dreptul să formuleze opoziție la deschiderea procedurii nu numai în legătură cu îndeplinirea condițiilor de deschidere a procedurii cum s-ar putea interpreta restrictiv art. 32 alin. (2), ci inclusiv sub aspectul modalității procedurii, generală sau simplificată, cu privire la care s-a deschis procedura.

În cazul nedepunerii declarației se înlătură posibilității reorganizării judiciare deși debitorul se încadra în categoriile prevăzute de art. 1 alin. (1), deoarece omisiunea depunerii atrage de fapt incidența dispozițiilor art. 1 alin. (2) lit. d), care au în vedere nedepunerea oricăruia dintre

documentele prevăzute de art. 28 alin. (1) lit. b), c), e) și h), nu numai în mod cumulativ a tuturor acestora.

Sub aspect formal, este de reținut că legiuitorul are în vedere atașarea la cererea introductivă a unei declarații separate referitoare la faliment sau reorganizarea judiciară, deoarece prin cererea introductivă se poate solicita deschiderea procedurii fără să se precizeze în mod obligatoriu în ce modalitate.

În practica judiciară îndeplinirea condiției privind depunerea acestei declarații a fost reținută și în cazul în care, deși nu s-a formulat un înscris distinct, s-a solicitat în mod expres chiar în cererea introductivă, deschiderea procedurii generale sau a celei simplificate.

*

i) o descriere sumară a modalităților pe care le are în vedere pentru reorganizarea activității;

Descrierea în discuție se justifică, bineînțeles, în ipoteza în care debitorul a depus o declarație vizând procedura generală.

Modalitățile care pot fi avute în vedere sunt cele prevăzute de art. 3 alin. (20) din Legea nr. 85/2006. Nu este necesară o detaliere a modalităților respective dar descrierea trebuie să fie suficientă pentru a convinge nu judecătorul sindic în judecata privind deschiderea procedurii ci pentru a putea fi avută în vedere de practicianul în insolvență ulterior, în cercetarea de fapt a debitorului, în contextul întocmirii rapoartelor în baza art. 20 alin. (1) lit. a), b), art. 59.

*

j) o declarație pe propria răspundere autenticată de notar sau certificată de avocat, sau un certificat de la registrul societăților agricole ori, după caz, oficiul registrului comerțului în a cărui rază teritorială se află domiciliul profesional/sediul social, din care să rezulte dacă (debitorul) a mai fost supus procedurii prevăzute de prezenta lege într-un interval de 5 ani anterior formulării cererii introductive;

Această declarație a fost avută în vedere de către legiuitor în contextul în care potrivit dispozițiilor art. 30 din Legea nr. 85/2006, nu pot formula o cerere de reorganizare judiciară debitorii, persoane juridice, care în ultimii 5 ani, precedenți hotărârii de deschidere a procedurii, au mai fost supuși unei astfel de proceduri.

Faptul că prevederile art. 28 alin. (1) lit. j) se referă în general la o procedură a insolvenței anterioară, fără să distingă dacă a fost vorba de reorganizare sau/și de faliment, în timp ce art. 30 se referă exclusiv la o cerere nouă de reorganizare nu constituie o necorelare a dispozițiilor legii. Declarație în baza art. 28 alin. (1) lit. j) va trebui să indice orice procedură din ultimii 5 ani, fie de reorganizare fie de faliment. În raport cu art. 30 nu va fi admisibilă o nouă cerere de reorganizare (adică de procedură generală cu declarație pentru reorganizare) decât dacă va rezulta că în ultimii 5 ani debitorul nu a mai beneficiat de o procedură de reorganizare (sens în care trebuie interpretată formularea „unei astfel de proceduri” din art. 30), iar nu și dacă a mai existat o procedură, dar care a fost închisă în perioada de observație în baza art. 131, 134 sau o procedură de faliment (în cazul acesteia din urmă cu atât mai mult cu cât, potrivit reglementării actuale a insolvenței, se finalizează întotdeauna cu radierea debitorului persoană juridică, astfel că, teoretic, nu se pune problema ca în următorii 5 ani de la radiere să se mai poată formula o cerere de reorganizare; dar, în practica judiciară, o astfel de posibilitate nu a fost întru totul exclusă; astfel, chiar autorul a luat cunoștință despre hotărâri de închidere a procedurii falimentului în care, în mod premeditat, nu s-a dispus radierea debitorului, în cazul unor proceduri deschise sub imperiul unei forme anterioare a legii insolvenței, care nu prevedea dizolvarea și/sau radierea iar aceasta nu este, de altfel, singura ipoteză posibilă în sensul analizat.). În plus, trebuie să fie vorba de o procedură de reorganizare care să se fi finalizat cu succes, în sensul plății creanțelor și revenirii debitorului la regimul legal obișnuit, iar nu și de o procedură de reorganizare nerealizată și soldată cu trecerea la faliment. Aceasta deoarece chiar dacă art. 30 nu face vreo distincție, este evident că dacă nu s-a finalizat reorganizarea judiciară și s-a trecut la faliment a intervenit radierea debitorului, dacă nu s-a finalizat cu succes reorganizarea judiciară înseamnă că debitorul nu a fost supus integral reorganizării respective, iar dispozițiile art. 33 alin. (6) teza II au în vedere ca debitorul să mai fi „beneficiat” de o altă reorganizare și se poate vorbi de un astfel de beneficiu doar în cazul finalizării cu succes a reorganizării.

Potrivit art. 33 alin. (6) teza II voința legiuitorului este în sensul ca debitorul persoană juridică să se poată salva doar o singură dată pe

calea reorganizării efective, iar nu să abuzeze de acest remediu legal, care ar echivala cu un act de concurență neloială, în primul rând față de ceilalți membrii ai mediului de afaceri. Dacă în următorii 5 ani după o reorganizare judiciară reușită debitorul trebuie să formuleze o nouă cerere introductivă, aceasta nu va putea fi decât în sensul procedurii simplificate. Dar, dacă de la procedura de reorganizare de care a beneficiat au trecut mai mult de 5 ani se poate formula o nouă cerere de deschidere a procedurii generale.

Nu are importanță dacă la reorganizarea la care a fost supus debitorul anterior s-a ajuns ca urmare a unei cereri a debitorului sau a unui creditor și nici în ce modalitate s-a desfășurat acea reorganizare.

În doctrină s-a susținut că dacă noua cerere de reorganizare judiciară este formulată nu de către debitor ci de către creditor, atunci aceasta ar fi admisibilă. Nu suntem de acord cu această opinie. Astfel, în raport cu art. 30, este clar că în cazul în care debitorul formulează noua cerere de reorganizare aceasta nu este admisibilă. În cazul în care noua cerere de reorganizare aparține creditorilor, dispozițiile art. 33 alin. (6) teza II din lege, care vizează ceea ce poate dispune judecătorul sindic cu privire la o cerere introductivă a creditorilor, prevăd expres că dacă din declarația debitorului făcută până la data pronunțării sentinței de deschidere rezultă că acesta a mai beneficiat de reorganizare în ultimii 5 ani anteriori deschiderii procedurii, judecătorul sindic va pronunța o sentință de deschidere a procedurii simplificate. Desigur că în principiu creditorii nu au cunoștință de o eventuală reorganizare anterioară a debitorului. Din textul de lege rezultă că legiuitorul a avut în vedere posibilitatea ca declarația la care se referă art. 28 alin. (1) lit. j) să se depună de către debitor anterior judecării cererii introductive în cazul formulării acesteia atât de către debitor cât și de către creditor. Întrădevăr, de exemplu în contextul formulării contestației, dar nu numai, debitorul poate depune în apărare inclusiv înscrisuri prevăzute de art. 28 alin. (1). De asemenea, dispozițiile art. 35 impun depunerea actelor prevăzute de art. 28 alin. (1) după deschiderea procedurii la cererea creditorilor. Dacă, totuși, debitorul nu depune această declarație și nu se dovedește, nu se află nici în alt mod că debitorul a mai fost supus reorganizării judiciare în ultimii 5 ani, deși în realitate a mai fost, se va admite cererea introductivă a creditorului deschizându-se proce-

dura generală, urmând ca pe parcursul procedurii, dacă se va face ulterior dovada în sensul arătat, să se facă aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor art. 54, 59, 94 alin. (4), după caz, pentru a se trece la procedura simplificată.

Calculul intervalului de 5 ani suscită opinii diferite. Există, în primul rând, tendința de a calcula 5 ani în urmă pornind de la data pronunțării asupra noii cereri de deschidere a procedurii generale, ceea ce este nejustificat deoarece art. 30 și, implicit, art. 33 alin. (6) teza II au în vedere că este inadmisibilă formularea unei noi cereri, deci cei cinci ani trebuie calculați în urmă pornind de la data noii cereri. În unele opinii s-a apreciat că pentru a fi considerată îndeplinită condiția privind perioada de 5 ani trebuie ca data cererii de deschidere a reorganizării anterioare să fie în interiorul celor 5 ani calculați. Or, pentru a se considera astfel ar fi trebuit ca textul să nu se refere la „a mai fost supus” ci la „a mai formulat o cerere anterioară de reorganizare”. Formularea în sensul „a mai fost supus” implică beneficiul reorganizării, ca perioadă de timp încheiată prin hotărârea de închidere a reorganizării, ceea ce înseamnă că este îndeplinită condiția, dacă cel puțin data hotărârii de închidere a reorganizării anterioare (sau modificarea în acest sens în recurs) se află în interiorul celor 5 ani calculați în urmă de la data formulării noii cereri. Calculând astfel, data pronunțării asupra noii cereri (sau modificarea în recurs în acest sens) nu are relevanță. Nu se justifică, în ipoteza în care s-a respins noua cerere de reorganizare a debitorului pe motiv că în ultimii 5 ani debitorul a mai beneficiat de o reorganizare judiciară, să se susțină în opoziția sau în recursul la hotărârea de respingere că cei 5 ani trebuie calculați în urmă de la data pronunțării pe noua cerere sau pe recursul la aceasta, iar de la această din urmă dată reorganizarea anterioară a rămas mai departe de 5 ani.

*

k) o declarație pe propria răspundere autenticată de notar sau certificată de avocat, din care să rezulte că (debitorul) nu a fost condamnat definitiv pentru fals ori pentru infracțiuni prevăzute în Legea concurenței nr. 21/1996 și că administratorii, directorii și/sau asociații (debitorului) nu au fost condamnați definitiv pentru bancrută frauduloasă, gestiune frauduloasă, abuz de încredere, înșelăciune, delapidare,

mărturie mincinoasă, infracțiuni de fals sau infracțiuni prevăzute în Legea nr. 21/1996, în ultimii 5 ani anteriori deschiderii procedurii.

Declarația este întocmită de reprezentantul legal al debitorului persoană juridică, în forma cerută legal referitor la fapta proprie a debitorului și reprezentantului legal, iar în ceea ce privește celelalte persoane enumerate în text, sub semnătura acestora.

Cei 5 ani se calculează, în raport cu formularea expresă a textului de lege, în urmă de la data deschiderii procedurii, condiția fiind îndeplinită dacă hotărârea de condamnare definitivă are data în interiorul celor 5 ani astfel calculați.

Declarația este relevantă în legătură cu interdicția prevăzută de art. 94 alin. (4), în sensul că nu poate propune un plan de reorganizare debitorul în raport cu care intervin condamnările definitive în discuție.

*

l) un certificat de admitere la tranzacționare pe o piață reglementată a valorilor mobiliare sau a altor instrumente financiare emise.

Un astfel de certificat se va depune doar dacă este cazul. Se cere pentru că în cazul deschiderii procedurii va trebui să se facă aplicarea dispozițiilor art. 42 și 43 din Legea nr. 85/2006.

*

Intrarea în vigoare a Legii 85/2006 a însemnat și promovarea, în cuprinsul acesteia, a instituției juridice a procedurilor necontencioase precum și o anumită tendință de luare în considerare a recunoașterii propriei stări de insolvență de către debitor.

În raport cu acestea s-a pus, printre altele, problema măsurii în care simpla cerere a debitorului, neînsoțită de bilanț și celelalte acte prevăzute de art. 28 alin. (1) poate constitui o mărturisire (recunoaștere) în sine a încetării plăților sau chiar a stării de insolvență, cu valoare probatorie suficientă pentru ca în baza acesteia să se dispună deschiderea procedurii.

După cum am mai arătat, considerăm că și în raport cu cererea introductivă a debitorului acesta trebuie să susțină și să probeze îndeplinirea condițiilor prevăzute legal pentru deschiderea procedurii, referitoare la insuficiența disponibilităților bănești și creanțele analizate în legătură cu acestea.

Cererea introductivă a debitorului nu constituie, în concret, o mărturisire judiciară sau extrajudiciară în favoarea creditorilor, în legătură cu existența și cuantumul creanțelor lor, nici împreună cu actele la care se referă art. 28 alin. (1) lit. a), c).

Nu poate fi vorba de o mărturisire judiciară deoarece debitorul nu se află în postura procesuală a reclamantului care formulează o cerere împotriva unui pârât, proprie unui proces obișnuit, iar cererea introductivă pe care debitorul o formulează nu deschide un litigiu, ci tinde la deschiderea unei proceduri de interes public.

Cererea nu este nici o mărturisire extrajudiciară în favoarea creditorilor, deoarece debitorul face doar o mărturisire a încetării plăților, iar nu de recunoaștere a creanțelor. Prin urmare, un creditor trecut în lista de creditori depusă de debitor nu se poate prevala de listă, ca de un titlu prin care i se recunoaște creanța.

Fără cea mai mare parte a actelor la care se referă art. 28 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, nu se poate dovedi că cererea introductivă a debitorului este întemeiată.

În acest context, dispozițiile Legii nr. 64/1995 prevedeau [art. 33 alin. (2), în ultima formă] că dacă debitorul nu depune actele în discuție (prevăzute la art. 33 alin. (1) din acea lege), cel mai târziu în 10 zile de la depunerea cererii sale introductive, atunci cererea va fi respinsă. O astfel de dispoziție legală era întru totul firească din punct de vedere juridic. În doctrină un singur autor a apreciat până acum că prin dispozițiile art. 28 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 în forma inițială s-ar fi reparat o greșeală majoră a Legii nr. 64/1995, fără, însă, să aducă vreun argument; oricum Legea nr. 64/1995 nu cuprindea dispoziții similare celor din art. 1 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, față de care erau consonante dispozițiile inițiale ale art. 28 alin. (2).

Din analiza dispozițiilor art. 28 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 în forma inițială, rezultă că prin aceste dispoziții a intervenit o schimbare doar într-o anumită ipoteză, dar nu în ce privește aspectul de fapt în sine, ci valoarea, efectele date de legiuitor acestui aspect. În cazul respectiv nu intervenea o recunoaștere cu valoare probatorie suficientă din partea debitorului ci, de fapt, legiuitorul stabilea că faptul respectiv va fi considerat ca o recunoaștere. În concret, deși orice cerere în justiție nu își atinge scopul doar prin ea însăși, trebuind să fie și dovedită, iar în cazul

cererii de deschidere a procedurii nedepunerea actelor nu constituie nicidecum o recunoaștere a stării de insolvență, ci mai mult o ascundere a dovezilor sub acest aspect; legiuitorul a prevăzut expres prin art. 28 alin. (2) că în ipoteza nedepunerii actelor prevăzute de art. 28 alin. (1), cererea sa introductivă va fi considerată o recunoaștere a stării de insolvență, iar judecătorul sindic va deschide procedura simplificată.

Ulterior, însă, dispozițiile art. 28 alin. (2) au fost modificate prin Legea nr. 277/2009 în sensul că s-a înlăturat din text considerarea nedepunerii actelor drept o recunoaștere a stării de insolvență de către debitor, cu consecința pronunțării unei sentințe de intrare în procedura simplificată, modificarea menționată luând în considerare că nedepunerea actelor conduce doar la decăderea debitorului din dreptul de a propune un plan de reorganizare.

2.8. Nedepunerea actelor – impediment la reorganizarea judiciară [art. 28 alin. (2)]

Dispozițiile art. 28 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 în forma inițială, prevedeau că dacă debitorul nu dispune, la momentul înregistrării cererii, de vreuna dintre informațiile prevăzute la alin. (1) lit. a) – f) și h), va putea înregistra acea informație la tribunal în termen de 10 zile; dacă nu o va face, cererea sa va fi considerată o recunoaștere a stării de insolvență a patrimoniului său, caz în care judecătorul – sindic va pronunța o sentință de intrare în procedura falimentului, conform art. 1 alin. (2) lit. c) sau d) (în funcție de actele care lipsesc).

Anterior Legii nr. 85/2006, în reglementarea Codului comercial, dacă comerciantul se găsea în imposibilitate de a întocmi bilanțul de îndată, avea posibilitatea să formuleze doar cererea introductivă, rămânând să ceară instanței autorizarea de a prezenta bilanțul într-un termen scurt; dacă expira termenul acordat fără să se fi depus bilanțul debitorul era supus unor penalități sau se putea ordona de către tribunal arestarea lui.

În Legea nr. 64/1995, potrivit art. 33 alin. (2) soluția în ipoteza arătată era aceea de respingere a cererii introductive, după cum am mai arătat anterior.

Prin art. 28 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 în forma inițială s-a adoptat o altă soluție de către legiuitor pentru ipoteza în discuție. În raport cu textul de lege menționat, în doctrină s-a susținut că în toate cazurile cererea debitorului de deschidere a procedurii reprezintă o recunoaștere din partea acestuia a stării sale de insolvență (actuală sau iminentă) constituind o condiție a deschiderii procedurii, atât ca act juridic unilateral cât și ca mijloc de probă, prin care face să se nască în sarcina sa obligațiile proprii procedurii insolvenței. În susținerea acestei opinii se face comparație cu cererea introductivă a creditorilor, în raport cu care debitorul, dacă nu contestă, are alternativa de a recunoaște [art. 33 alin. (3)], iar în acest din urmă caz procesul se termină cu deschiderea procedurii, fără a mai fi nevoie de nici o altă probă a insolvenței. Autorul opiniei insinuează, în mod eronat, că dacă debitorul a recunoscut starea de insolvență pretinsă prin cererea creditorului, această cerere se va admite chiar dacă nu este probată, fiind considerată probată suficient prin recunoașterea menționată. După cum am arătat în susținerile referitoare la proba insolvenței, la condițiile legale pentru deschiderea procedurii, la contestația debitorului etc. creditorul trebuie să își probeze cererea introductivă în ceea ce privește condițiile necesare a fi îndeplinite în ceea ce privește creanța pretinsă împotriva debitorului și doar pentru lipsa disponibilităților corelative intervine prezumția legală avută în vedere de art. 3 alin. (1) lit. a). Chiar dispozițiile art. 31 alin. (2) prevăd expres că se vor anexa cererii, de către creditor, documentele justificative ale creanței și ale actelor de constituire de garanții, iar formularea textului de lege respectiv ni se pare chiar imperativă. Contestația, care are rol de întâmpinare, permite formularea apărărilor și administrarea probei contrare de către debitor. Într-un cadru procesual juridic, cum este cel al procedurii insolvenței, recunoașterea poate privi doar ceva probat deja de creditor, altfel despre ce stabilire a adevărului obiectiv ar putea fi vorba, din partea judecătorului sindic, dacă pronunțarea acestuia ar trebui să se supună doar convenției debitorului și creditorului, fără a verifica dacă susținerile acestora se probează (într-o judecată de drept comun aceasta ar însemna, de exemplu, girarea de către instanță a demersului unui reclamant care cheamă în judecată un pârât pentru a se constata că acesta i-a vândut un imobil, pârâtul recunoaște în instanță, care admite acțiunea fără a

administra alte probe, deși în realitate proprietar al imobilului a fost tot timpul o a treia persoană care nici nu are cunoștință despre procesul respectiv). În plus, respingerea contestației debitorului nici nu atrage obligatoriu admiterea cererii introductive, chiar și aceasta din urmă putând să fie respinsă dacă nu este probată potrivit cerințelor legii [în acest sens trebuie avută în vedere conjuncția „și” aflată între termenii „contestația” și „va deschide” din cuprinsul art. 33 alin. (4)]. Oricum, potrivit art. 33 alin. (4) și (5) judecătorul este acela care stabilește dacă debitorul este sau nu este în stare de insolvență și nu o poate face doar pe o pretinsă recunoaștere, fără a fi nevoie de nici o altă probă.

În susținerea opiniei la care am făcut referire s-a mai arătat că recunoașterea debitorului în cazul cererii creditorului este provocată, ca la un interogatoriu, iar în cazul propriei cereri a debitorului este voluntară, cu consecințe identice în privința efectelor. De asemenea, în raport cu recunoașterea debitorului este imposibilă respingerea cererii de deschidere (care include recunoașterea), mai ales în cazul insolvenței actuale, dar desigur dacă nu vor exista indiciile privind un scop fraudulos, șicanatoriu al cererii debitorului.

Nu înclinăm spre această opinie, care ni se pare o extindere greșită a interpretării reglementării vechi, prevăzută de Codul comercial. În raport cu dispozițiile art. 701 din Codul comercial, în doctrină se considera că declarațiunea în baza căreia se deschidea procedura este o mărturisire a debitorului referitor la starea sa de încetare de plăți, care nu avea caracter constitutiv ci declarativ și retroactiv, mergând înapoi până la încetarea plăților, astfel că se considera că nu era necesară nici o cercetare a stării de insolvență, hotărârea tribunalului fiind cerută doar pentru opozabilitate față de creditori și pentru stabilirea datei încetării plăților. În plus, sub imperiul reglementării din Codul comercial se putea declara falimentul și din oficiu, de către tribunal.

Or, în reglementarea ulterioară codului comercial, este vorba în primul rând de o cerere introductivă, iar nu despre o declarație a debitorului.

Cererea creditorului nu poate fi echivalată cu un interogatoriu. În proces nu se pot conferi efecte juridice recunoașterii a ceea ce nu este dovedit că există, obligativitatea cererii nu înlătură cerința probării în condițiile prevăzute expres de lege, dacă nu se acceptă administrarea și

a altor probe înseamnă că și indiciile despre un eventual scop fraudulos pot fi decelate doar în măsura în care sunt recunoscute de debitor. De asemenea, nu se poate reține că în toate cazurile cererea debitorului constituie o recunoaștere, din moment ce chiar aprecierea legiuitorului în acest sens nu a intervenit expres pentru toate cererile, ci doar referitor la ipoteza nedepunerii actelor. În cazul în care se depun actele prevăzute de art. 28 alin. (1), cererea debitorului nu a mai fost considerată o recunoaștere, impunându-se deci analiza, ca probe, a actelor respective.

Se poate aprecia că în cazul art. 28 alin. (2) nici nu era vorba de o recunoaștere în sine ci, în mod expres, de conferirea de către legiuitor a valorii de „recunoaștere”. Trebuie precizat, însă, că analiza de față urmărește doar critica prevederii legale în discuție, sub aspectul valabilității ei din punctul de vedere teoretic, pentru că sub aspectul practicii textul de lege trebuia să se aplice în sensul avut în vedere de legiuitor.

Analiza juridică obiectivă a cererii introductive arată că prin petitul cererii se solicită deschiderea procedurii, iar în motivarea acesteia se susține existența stării de insolvență. Potrivit art. 1169 C. civ., cel ce face o propunere în fața judecății trebuie să o dovedească. Dovezile, care în ipoteza discutată sunt actele prevăzute de art. 28 alin. (1), în primul rând, constituie altceva decât susținerile ce trebuie dovedite. Practic, în cazul art. 28 alin. (2) legiuitorul a apreciat drept recunoaștere chiar motivarea cererii introductive, înlăturând necesitatea probelor, ceea ce, evident, nu putea corespunde unui raționament juridic propriu dreptului comun. În raport cu art. 1204-1206 C. civ. motivarea cererii nu are, în același timp și sensul de recunoaștere, astfel că, sub aspectul în discuție, deși nu era vorba de o recunoaștere sub aspect juridic, legiuitorul a considerat astfel, printr-o forțare a raționamentului juridic obișnuit. Desigur, printr-o lege specială se poate deroga de la dreptul comun, dar dacă s-ar considera că art. 28 alin. (2) în forma inițială stabilea că se probează suficient starea de insolvență a debitorului doar în baza susținerii acestuia, ar însemna că legiuitorul a derogat și de la criteriile juridice.

Mulți dintre debitori pot să formuleze cererea introductivă chiar dacă nu sunt în stare de insolvență, în scop fraudulos, doar pentru a

obține, de exemplu, suspendarea curgerii accesoriilor la debitele datorate sau suspendarea acțiunilor creditorilor în realizarea creanțelor împotriva lor, cel puțin pentru o perioadă de timp. Chiar dacă ulterior deschiderii procedurii, în urma nedepunerii unor declarații de creanță, hotărârea de deschidere se va putea revoca potrivit art. 134 din lege, până atunci scopurile frauduloase ale debitorului pot să se fi realizat, iar sancționarea efectivă a acestuia rămâne îndoielnică. Din această cauză credem că se justifică menținerea dispozițiilor din art. 28 alin. (2) în formularea lor din Legea nr. 64/1995.

De altfel, pentru trecerea debitorului în procedura simplificată este suficient să se rețină doar nedepunerea actelor, implicând aplicarea art. 1 alin. (2) lit. d) din lege, fără a mai fi necesară și o pretinsă recunoaștere a debitorului. În cazul cererii introductive a creditorilor procedura continuă chiar dacă debitorul nu depune actele prevăzute de art. 28 alin. (1), dar în cazul respectiv creditorul își dovedește creanța certă, lichidă și exigibilă de mai mult de 30 de zile, la care se adaugă prezumția legală referitoare la insuficiența disponibilităților bănești, cel puțin în limita valorii prag. În cazul art. 28 alin. (2) legiuitorul extinde recunoașterea în dovedirea atât a creanței cât și a lipsei disponibilităților.

Majoritatea actelor din art. 28 alin. (1) pot constitui dovada referitoare la starea de insolvență, deci în mod implicit legiuitorul recunoaște valoarea lor de dovadă.

De remarcat că enumerarea actelor nedepuse din art. 28 alin. (1) [cu precizarea că textul de lege se referă exclusiv la actele de la lit. a)-f), h)] este cumulativă; prin urmare se va deschide procedura simplificată și în cazul în care nu s-a depus fie și doar unul dintre aceste acte, indiferent care.

Modificarea dispozițiilor art. 28 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 în forma inițială, prin Legea nr. 277/2009, în sensul că „dacă debitorul nu dispune, la momentul înregistrării cererii, de vreuna dintre informațiile prevăzute la alin. (1) lit. a)-f) și h), va putea înregistra acea informație la tribunal în termen de 5 zile, iar dacă nu o va face, el va fi decăzut din dreptul de a depune un plan de reorganizare” a avut drept scop în primul rând să coreleze termenul de depunere a informațiilor cu acela, tot de 5 zile, prevăzut prin art. 27 alin. (5) introdus prin Legea nr. 277/2009 pentru judecata cererii introductive a debitorului. De asemenea, prin modificarea intervenită, s-a renunțat de către legiuitor la formularea

expresă în sensul considerării nedepunerii actelor drept o recunoaștere din partea debitorului a stării de insolvență, ceea ce nu înlătură expres și opinia în sensul că cererea debitorului ar constitui întotdeauna o recunoaștere a stării de insolvență (opinie criticată în secțiunea anterioară). Totodată, legiuitorul a modificat și sancțiunea avută în vedere pentru nedepunerea în termen a actelor (informațiilor) prevăzute de art. 28 alin. (1) lit. a)-f) și h) din lege, în sensul decăderii debitorului din dreptul de a depune un plan de reorganizare, ceea ce poate induce unele confuzii. Aceasta deoarece modificarea sancțiunii ar putea fi interpretată în sensul că doar debitorul este decăzut iar, *per a contrario*, nu și ceilalți participanți la procedură cărora le este recunoscut dreptul de a depune un plan, potrivit art. 94 alin. (1), cu consecința că nedepunerea actelor respective nu ar înlătura posibilitatea deschiderii procedurii generale în acest caz. Or, atât art. 1 alin. (2) lit. d) cât și art. 28 alin. (2) astfel cum au fost modificate prin Legea nr. 277/2009 au în vedere actele prevăzute de art. 28 alin. (1) lit. a)-f) și h), iar potrivit art. 1 alin. (2) lit. d) nedepunerea acestor acte atrage întotdeauna deschiderea procedurii simplificate. Criteriile în funcție de care se deschide procedura generală, sau, după caz, procedura simplificată, la cererea debitorului, nu sunt exclusiv prevăzute doar de art. 33 din lege, ci și de art. 1, art. 32 alin. (1) etc., context în care modificarea art. 28 alin. (2) sub aspectul sancțiunii nedepunerii actelor pare a fi mai mult rezultatul unei confuzii din partea legiuitorului. Din moment ce este vorba de cererea debitorului și trebuie deschisă procedura simplificată, nu se poate considera că sancțiunea din art. 28 alin. (2) ar fi fost avută în vedere pentru ipoteza deschiderii procedurii generale, iar art. 28 alin. (2) nu se confundă cu art. 35, prevăzut pentru cazul cererii de deschidere a procedurii formulată de creditor.

2.9. Cererea introductivă în cazul societății în nume colectiv, în comandită, a grupului de interes economic (art. 29)

Potrivit art. 29 din Legea nr. 85/2006:

1) În cazul unei cereri introduse de către o societate în nume colectiv sau în comandită (simplă sau pe acțiuni), acea cerere nu va fi

considerată ca fiind făcută și de asociații cu răspundere nelimitată ori, în condițiile art. 31-33 și împotriva lor.

2) O cerere introdusă de un asociat cu răspundere nelimitată ori împotriva acestuia pentru datoriile sale va fi fără efecte juridice cu privire la societatea în nume colectiv sau în comandită din care face parte.

3) Prevederile alin. (1) și (2) se aplică în mod corespunzător, în privința cererilor introduse de grupurile de interes economic sau de membrii acestora.

Dispozițiile menționate vizează efectele generate de promovarea unei cereri introductive de către un debitor societate comercială în nume colectiv sau în comandită, sau de un grup de interes economic. Asociații acestora cu răspundere nelimitată – asociații în nume colectiv și comanditații – nu sunt comercianți. În mod diferit, în dreptul francez s-a considerat că și aceștia pot cere deschiderea procedurii, chiar dacă nu sunt administratorii societății, deoarece sunt comercianți chiar și numai prin faptul participării în societate și, prin urmare, au obligația de a arăta încetarea plăților. Aceasta nu atrage și falimentul lor personal, trebuind făcută diferența între societate/grup și asociații/membrii acestora, pentru că dincolo de prevederile art. 3 din Legea nr. 31/1990 (aplicabile doar în acțiuni de drept comun iar nu și în procedura insolvenței), averea acestora nu se suprapune (existând separația patrimoniilor) și nici răspunderea lor, care intervine în mod distinct. Asociații/membrii sunt, în principiu, necomercianți pentru că exercită astfel de acte nu *proprio nomine* ci în numele societății/grupului. Doar dacă pe lângă calitatea de asociați la o astfel de societate/grup, sunt și comercianți, în această din urmă calitate actele de comerț vor fi considerate efectuate în nume propriu.

Dacă s-a deschis procedura insolvenței împotriva societății/grupului, aceasta nu se poate extinde și asupra asociaților, obligațiile personale ale asociaților/membrilor neputând fi executate din averea societății, împotriva acesteia.

Oricum, în practică, se formulează rar cereri introductive în legătură cu astfel de societăți comerciale/grupuri de interes.

2.10. Procedura anterioară - Impediment la reorganizarea judiciară (art. 30)

Am arătat în analiza dispozițiilor art. 28 alin. (1) la lit. h) și, respectiv, lit. j), că debitorul trebuie să atașeze cererii introductive o declarație prin care își arată intenția de a intra fie în procedura generală (care implică și posibilitatea reorganizării) fie în procedura simplificată și, respectiv, că trebuie să depună și o declarație din care să rezulte dacă a mai fost supus procedurii insolvenței, în orice formă, în intervalul de 5 ani anterior formulării cererii introductive.

Reiterând cele arătate în contextul menționat, arătăm că legiuitorul a urmărit ca debitorul să nu poată formula o cerere de reorganizare judiciară, dacă în ultimii 5 ani, precedenți hotărârii de deschidere a procedurii, a mai fost supus unei astfel de proceduri (fără a distinge dacă în baza Legii nr. 64/1995 sau a Legii nr. 85/2006).

Aprecierea în sensul că interdicția în acest sens a fi fost instituită în favoarea creditorilor este cel puțin discutabilă. Ar putea fi reținută astfel prin prisma faptului că în lipsa reorganizării judiciare falimentul atrage ridicarea dreptului de dispoziție, radierea debitorului etc., dar nu este valabilă prin prisma plății pasivului, care are șanse mai mari să se realizeze în reorganizarea judiciară, aceasta nelimitându-se la cota falimentară.

Prevederile art. 28 alin. (1) lit. j) se referă în general la o procedură a insolvenței anterioară, fără să distingă dacă a fost vorba de reorganizare sau/și de faliment, în timp ce art. 30 se referă exclusiv la o cerere nouă de reorganizare și în raport cu acest text de lege nu va fi admisibilă o nouă cerere de procedură generală (care poate cuprinde reorganizarea judiciară) decât dacă în ultimii 5 ani debitorul nu a mai beneficiat de o altă procedură de reorganizare (de o „astfel de procedură”). Nu se va reține interdicția în cazul în care a fost vorba de o procedură închisă în perioada de observație în baza art. 131, 134 sau de o procedură de faliment, în acest din urmă caz netrebuind nici să se pună problema unei noi cereri. Aceasta deoarece în raport cu reglementarea din legea actuală, închiderea procedurii de faliment se finalizează întotdeauna cu radierea debitorului persoană juridică. Doar în cauzele derulate sub imperiul Legii nr. 64/1995, în formele inițiale, nu se prevedea expres

radierea. Procedură de reorganizare anterioară trebuie să se fi finalizat cu succes, în sensul plății creanțelor și revenirii debitorului la regimul legal obișnuit. În cazul în care nu a fost astfel realizată, înseamnă că s-a soldat cu trecerea la faliment, în cazul căruia intervine radierea debitorului, cu consecința arătată. În plus, dacă nu s-a finalizat cu succes reorganizarea, înseamnă că debitorul nu a fost suspus integral acestei modalități a procedurii. Dispozițiile art. 33 alin. (6) teza II se referă la „beneficiul” reorganizării și se poate vorbi de un beneficiu în cazul finalizării cu succes a reorganizării, nu și în alt caz.

Voința legiuitorului este în sensul ca debitorul persoană juridică să se poată salva doar o singură dată la perioade de 5 ani pe calea reorganizării efective, iar nu să urmărească în mod abuziv acest remediu legal. Dacă în următorii 5 ani încheierii cu succes a unei reorganizări debitorul ajunge în situația să formuleze o nouă cerere introductivă nu va putea să facă decât una pentru procedura simplificată. Dacă de la procedura de reorganizare de care a beneficiat au trecut, însă, mai mult de 5 ani debitorul poate formula și beneficia de o nouă procedură de reorganizare judiciară.

La procedura de reorganizare la care a fost supus anterior debitorul s-a putut ajunge ca urmare a unei cereri a debitorului sau a unui creditor și nu are importanță nici în ce modalitate anume s-a desfășurat acea reorganizare.

În doctrină s-a susținut că noua cerere de reorganizare este admisibilă deși debitorul a mai fost supus reorganizării în ultimii 5 ani, dacă este formulată nu de către debitor ci de către creditor (sau chiar de către administratorul judiciar – dar aceasta este o evidentă eroare pentru că administratorul judiciar nu poate formula cererea de deschidere a procedurii în nici un caz, ci doar să propună un plan dar numai după ce s-a deschis procedura), în ideea că „legea interzice debitorului să opteze pentru procedura reorganizării, dar nu îl decade din dreptul de a fi supus reorganizării judiciare. Contrar acestei opinii, din dispozițiile art. 30 rezultă clar că în cazul în care debitorul formulează noua cerere de reorganizare aceasta nu este admisibilă, chiar dacă în fapt ar exista posibilitatea reorganizării. Dispozițiile art. 30 instituie interdicția în sensul excluderii posibilității reluării unei procedurii de reorganizare care s-a dovedit prima dată lipsită de efectele scontate. În

cazul în care noua cerere de reorganizare aparține creditorilor, în raport cu dispozițiile art. 33 alin. (6) teza II, dacă din declarația debitorului făcută până la data pronunțării sentinței de deschidere rezultă că acesta a mai beneficiat de reorganizare în ultimii 5 ani anteriori deschiderii procedurii, judecătorul sindic va pronunța o sentință de deschidere a procedurii simplificate. Desigur că de cele mai multe ori creditorii nu au cunoștință de o eventuală reorganizare judiciară anterioară. Din text rezultă că legiuitorul a avut în vedere posibilitatea ca declarația la care se referă art. 28 alin. (1) lit. j) să se depună de către debitor anterior judecării cererii introductive. Într-adevăr, de exemplu în contextul formulării contestației la cererea creditorului, dar nu numai, debitorul poate depune în apărare inclusiv înscrisuri prevăzute de art. 28 alin. (1) între care și declarația în discuție. Dispozițiile art. 35 impun depunerea actelor prevăzute de art. 28 alin. (1) după deschiderea procedurii la cererea creditorilor, nu facultativ ci obligatoriu, sub o sancțiune penală în caz de neîndeplinire. Dacă, totuși, debitorul nu depune această declarație și nu se dovedește nici în alt mod că debitorul a mai fost supus în ultimii 5 ani reorganizării, chiar dacă în fapt a mai fost, se va admite cererea formulată de creditor pentru procedura generală (dacă în acest sens a fost formulată), urmând ca pe parcursul procedurii, dacă se va face, totuși, dovada existenței reorganizării anterioare, să se direcționeze procedura în mod corespunzător, în raport cu prevederile art. 54, 59, 94 alin. (4) din lege, după caz, pentru a se îndrepta greșeala.

Un argument în susținerea opiniei contrare celei pe care o sprijinim ar putea fi dispozițiile art. 94 alin. (4), care prevăd că nu va putea propune un plan de reorganizare „debitorul care, într-un interval de 5 ani anteriori formulării cererilor introductive, a mai fost subiect al procedurii instituite în baza prezentei legi”. Prin această din urmă procedură se poate înțelege doar procedura insolvenței în general, adică atât reorganizare cât și faliment. Aceste dispoziții sunt consonante, sub aspectul arătat cu cele ale art. 28 alin. (1) lit. j) și s-ar putea interpreta prin prisma lor că și termenul „proceduri” din formularea art. 30 ar trebui interpretat în același fel, în sensul că se referă la o procedură anterioară nu numai de reorganizare ci, eventual și de faliment. O astfel de interpretare ar fi de natură să schimbe amploarea interdicției reținute anterior doar în ceea ce privește o nouă reorganizare, în sensul că s-ar

referi nu numai la interzicerea a două reorganizări în interiorul unei perioade de 5 ani ci ar permite inițial o procedură fie de reorganizare, fie de faliment, după care a doua nu ar putea fi decât falimentul. Dar, după cum am arătat, termenul „proceduri” din finalul art. 30 nu se poate referi, din motive de ordin gramatical, decât la termenul „reorganizare” din prima parte a textului de lege. Dispozițiile art. 30 se referă la interdicția unei noi cereri de reorganizare, în timp ce art. 94 alin. (4) se referă la depunerea unui plan de reorganizare, deci e vorba și de o diferență de scop de reglementare.

Calculul intervalului de timp de 5 ani.

Nu se vor calcula 5 ani în urmă pornind de la data pronunțării asupra noii cereri de reorganizare, deoarece art. 30 prevede că este inadmisibilă **formularea** unei noi cereri, deci cei 5 ani trebuie calculați în urmă, pornind de la data noii cereri. În același sens, se poate reține faptul că și art. 28 alin. (1) lit. j) are în vedere calcularea celor 5 ani tot de la depunerea cererii (noi).

Când se va considera îndeplinită condiția prevăzută de text în sensul că debitorul a mai fost supus unei reorganizări? Reorganizarea nu implică o dată anume ci o perioadă de timp. După cum am mai arătat, în unele opinii s-a apreciat că pentru a fi considerată îndeplinită condiția trebuie ca data cererii de deschidere a reorganizării anterioare să fie în interiorul celor 5 ani calculați. Or, pentru a se considera astfel ar fi trebuit ca formularea textului de lege să fie în sensul „dacă a mai formulat o **cerere** anterioară de reorganizare”. Formularea în sensul „a mai fost supus” implică faptul că s-a beneficiat de reorganizarea judiciară, înțeleasă ca o perioadă de timp încheiată prin hotărârea de închidere a reorganizării, ceea ce înseamnă că este îndeplinită condiția dacă cel puțin data hotărârii de închidere a reorganizării anterioare (sau modificarea în acest sens în recurs) se află în interiorul celor 5 ani calculați în urmă de la data formulării noii cereri.

§3. Cererea creditorilor (art. 31)

3.1. Aspecte generale

În orice reglementare națională a insolvenței se pune problema modului în care demonstrează un creditor care înregistrează o cerere de deschidere a procedurii că debitorul a încetat plățile. Reglementarea insolvenței este utilizată când un debitor nu mai este în măsură să facă plăți în general, dar unele norme naționale au în vedere și doar o mică parte a obligațiilor neplătite ale debitorului. Oricum, creditorul este în situația de a demonstra neplata de către debitor a creanțelor sale, dar de cele mai multe ori nu are dovezile în sensul că încetarea plăților nu privește doar creanța sa, ci este, în fapt, de natură generală, obținerea dovezilor în acest sens necesitând cercetarea registrelor debitorului. Diferitele legi naționale rezolvă în moduri diferite această problemă. În unele cazuri se cere ca deschidere procedurii să fie solicitată de un număr minim de creditori. În alte cazuri, dacă cererea e formulată de un singur creditor, debitorului i se impune de către instanță să administreze dovezi în raport cu care să se distingă dacă neplata este doar rezultatul unui litigiu cu creditorul sau este determinată de o incapacitate de plată generală generată de lipsa disponibilităților bănești. Oricare dintre variante ar fi utilizată, în cele mai multe țări se prezumă că o întreprindere este în încetare de plăți în general, dacă are în fapt o încetare generală a plăților privind debitele sale astfel cum ele trebuiau efectuate.

Punerea în sarcina creditorilor și a altor condiții în inițierea procedurii trebuie descurajată. Nu trebuie discriminați nici creditorii străini în inițierea procedurii potrivit unei reglementări naționale, pentru că reținând rolul important al sistemului insolvenței în dezvoltarea relațiilor comerciale și financiare, o astfel de discriminare va aduce o subminare severă a capacității țării respective de a atrage investițiile străine precum și accesul ei pe piețele internaționale de capital.

3.2. Creditorul titular al cererii introductive

Așa cum am mai arătat, procedura insolvenței constituie totalitatea normelor de drept substanțial prin care se organizează apărarea în comun a creditorilor celui aflat în încetare de plăți și, față de această definiție, nimic nu este mai firesc decât dreptul creditorilor de a urmări, prin cererea lor, deschiderea insolvenței debitorului. De altfel, dat fiind că insolvența debitorului se reflectă imediat în patrimoniul creditorului căruia nu îi este plătită creanța, demersul acestuia este prioritar de cele mai multe ori, comparativ cu cel al debitorului, care are tendința de a ascunde starea de insolvență.

În principiu, procedura insolvenței supune toți creditorii unui tratament egal, indiferent de natura, quantumul creanțelor, iar acestui tratament trebuie să îi corespundă un drept egal la deschiderea procedurii insolvenței. În fapt, după cum vom vedea, prin reglementarea prevăzută de Legea nr. 85/2006 se fac diferențieri sub acest din urmă aspect între creditori, îndeosebi în funcție de quantumul creanței (valoarea-prag).

Prin dispozițiile art. 3 alin. (6), (7) și (8) din Legea nr. 85/2006 sunt lămurite sensurile în care este utilizat termenul de creditor în diferite etape ale procedurii, începând cu formularea cererii introductive.

Astfel, în raport cu etapa judecării cererii introductive (a creditorului), avem de a face cu creditorul îndreptățit să solicite deschiderea procedurii, prin acesta înțelegându-se creditorul a cărei creanță împotriva patrimoniului debitorului este certă, lichidă și exigibilă de mai mult de 30 de zile [art. 3 alin. (6)].

În raport cu definiția arătată, potrivit art. 3 alin. (6) din Legea nr. 85/2006, nu orice creditor poate formula cererea introductivă ci numai cel îndreptățit în acest sens, adică acela care îndeplinește condițiile avute în vedere expres de către legiuitor; în măsura în care nu se dovedește îndeplinirea tuturor condițiilor prevăzute de art. 3 alin. (6) nu este vorba de un creditor îndreptățit și cererea introductivă se va respinge. Față de reglementarea anterioară, Legea nr. 64/1995, art. 3 alin. (6) nu poate fi considerat ca o modificare de esență, pentru că instituirea noii terminologii, „creditor îndreptățit să solicite deschiderea procedurii” s-a făcut și în Legea nr. 85/2006 prin definire în raport cu

aceleași cerințe prevăzute de lege pentru a fi îndeplinite de creanță, într-o formulare mai sintetizată. Am avut în vedere analiza condițiilor la care se referă art. 3 alin. (6) la secțiunea referitoare la condițiile pentru deschiderea procedurii, la care facem trimitere în ansamblu (creditorul are de dovedit creanța certă lichidă și exigibilă, netrebuind să facă dovada unor elemente subiective legate de aceasta, de exemplu motivul pentru care debitorul nu plătește, iar elementul corelativ privind lipsa disponibilităților este prezumat de lege, existând și posibilitatea administrării probei contrare de către debitor), neconsiderând necesară o analiză separată și în contextul secțiunii de față.

Prin noțiunea de „creditor” avută în vedere de legiuitor în cuprinsul art. 3 alin. (7) nu trebuie înțeles creditorul în general, ci creditorul în cadrul procedurii și anume, în etapa din procedură cuprinsă între depunerea, după deschiderea procedurii, a declarației de creanță de către acesta, până la înscrierea creanței respective în tabelul definitiv (sau definitiv consolidat). Astfel, potrivit art. 3 alin. (7) prin creditor se înțelege persoana fizică sau juridică ce deține un drept de creanță asupra averii debitorului și care a solicitat în mod expres instanței să îi fie înregistrată creanța în tabelul definitiv de creanțe sau în tabelul definitiv consolidat de creanțe și care poate face dovada creanței sale față de patrimoniul debitorului, în condițiile legii. Au calitatea de creditori fără a depune personal declarațiile de creanță, salariații debitorului.

În raport cu art. 3 pct. (7) este avut în vedere creditorul în contextul formulării declarațiilor de creanță și al procedurii de verificare a creanțelor care se va solda cu întocmirea tabelului preliminar al creanțelor.

De asemenea, este creditor îndreptățit să participe la procedura insolvenței creditorul care, potrivit art. 3 alin. (8) din Legea nr. 85/2006 modificată prin Legea nr. 277/2009, a formulat și i-a fost admisă, total sau în parte, o cerere de înregistrare a creanței sale pe tabelele de creanțe contra debitorului, întocmite în procedură și care are dreptul de a participa și de a vota în adunarea creditorilor, inclusiv asupra unui plan de reorganizare judiciară admis de judecătorul sindic, de a fi desemnat în calitate de membru al comitetului creditorilor, de a participa la distribuțiile de fonduri rezultate din reorganizarea judiciară a debitorului sau din lichidarea averii debitorului, de a fi informat ori notificat cu privire la desfășurarea procedurii și de a participa la orice

altă procedură reglementată de prezenta lege. Au calitatea de creditor îndreptăţit să participe la procedura insolvenţei, fără a depune personal declaraţiile de creanţă, salariaţii debitorului.

În acest caz, este vorba deci de creditorul care a fost înscris în tabelul preliminar, definitiv (sau definitiv consolidat), raportat la derularea procedurii începând cu momentul înscrierii până la închiderea procedurii şi, pe de altă parte este vorba de procedura propriu-zisă (creditorul participă şi la alte etape din procedura privită în sens larg, începând cu data depunerii cererii introductive, a declaraţiei de creanţă, a opoziţiei, după caz, dar, după cum am văzut anterior, în celelalte etape ale procedurii este vorba de o altă terminologie în ceea ce îl priveşte).

Prin art. 3 alin. (8) din Legea nr. 85/2006 în forma iniţială, în textul de lege se avea în vedere admiterea unei cereri de înregistrare a creanţei doar pe tabelul definitiv al creanţelor. Or, prima adunare a creditorilor este prevăzută la 5 zile de la afişarea tabelului preliminar, ceea ce însemna că textul de lege în forma iniţială permitea participarea la adunările creditorilor doar a creditorilor înscrşi în tabelul definitiv, excluzându-i pe aceia înscrşi în tabelul preliminar.

Calitatea de creditor îndreptăţit să participe la procedură, prevăzută de art. 3 alin. (8) mai are, însă şi o altă semnificaţie, care ţine de esenţa procedurii. În plan juridic este unanim acceptat principiul conform căruia nici o urmărire a unui debitor nu este permisă în lipsa unui titlu (executoriu). În procedura de drept comun, creditorul cheamă în judecată debitorul pentru a obţine o hotărâre care să fie investită cu titlu executoriu. O astfel de acţiune, dacă a fost promovată, este supusă suspendării în raport cu prevederile art. 36 din Legea nr. 85/2006. Prin urmare, formularea cererii introductive sau a declaraţiilor de creanţă în procedura insolvenţei implică, în principiu, probarea creanţei prin orice dovadă, iar nu în mod obligatoriu printr-un titlu executoriu. Urmărirea oricărei creanţe nu se poate realiza, însă, nici în procedura insolvenţei în lipsa unui titlu executoriu, cel puţin unul specific. În acest sens legea specială prevede o procedură complexă de verificare a creanţelor declarate, soldată cu întocmirea tabelelor de creanţe, începând cu cel preliminar, iar în baza tabelului definitiv (respectiv, definitiv consolidat) se realizează în procedură acoperirea pasivului debitorului, tabelul respectiv îndeplinind, în final, rolul titlului executoriu (în cazul planului,

programul de plată se bazează, de asemenea, pe tabelul definitiv). Desfășurarea etapelor corespunzătoare din procedură în scopul prevăzut de art. 2 din lege poate privi un creditor doar în măsura în care acesta este înscris în tabelul de creanțe. În acest context, întocmirea tabelului preliminar (care constituie, sub rezerva contestațiilor, un tabel definitiv incipient) marchează și momentul de la care derularea procedurii trebuie să continue în vederea acoperirii pasivului în raport cu fiecare (și oricare) creanță menționată în tabel. Până la acest moment, procedura deschisă continuă în raport doar cu creanța invocată în cererea introductivă, ceea ce permite ca în cazul în care creanța respectivă este plătită în mod legal (în practica judiciară s-a invocat în acest sens, discutabil, plata de către un terț, renunțarea la drept), să se pretindă că nu mai subzistă insolvența și scopul procedurii, astfel că, deoarece eventualele creanțe declarate de alți creditori după deschiderea procedurii nu sunt încă valabil recunoscute în cadrul procedurii, creditorii respectivi nu vor putea cere continuarea procedurii în baza creanțelor lor (posibilitate pe care o au însă după întocmirea tabelului preliminar).

Menționăm, totodată, referitor la un alt aspect, că asociații dintr-o societate comercială nu pot cere deschiderea procedurii insolvenței împotriva societății invocând numai calitatea lor de asociați. Potrivit regulilor lichidării judiciare, asociații, priviți ca atare, au doar un drept asupra patrimoniului social, adică, în context, asupra a ceea ce rezultă din lichidarea societății, numai după ce sunt plătiți integral creditorii societății. Deci, asociații nu sunt creditori, astfel că nu pot cere deschiderea procedurii.

Dar, este posibil ca asociatul să fie, totodată și creditor al societății, deoarece, de exemplu, a împrumutat-o cu diverse sume de bani, situație în care va putea cere deschiderea procedurii.

3.3. Cererea

Potrivit art. 31 din Legea nr. 85/2006:

1) Orice creditor îndreptățit să solicite deschiderea procedurii insolvenței împotriva unui debitor prezumat în insolvență, poate introduce o cerere introductivă, în care va preciza:

- a) cuantumul și temeiul creanței;
 - b) existența unei garanții reale, constituită de către debitor sau instituită potrivit legii;
 - c) existența unor măsuri asigurătorii asupra bunurilor debitorului;
 - d) declarația privind eventuala intenție de a participa la reorganizarea debitorului, caz în care va trebui să precizeze, cel puțin la nivel de principiu, modalitatea în care înțelege să participe la reorganizare;
- 2) Creditorul va anexa documentele justificative ale creanței și ale actelor de constituire de garanții.

În cuprinsul textului de lege menționat, evidenta stângăcie sub aspect lingvistic a legiuitorului din formularea „poate introduce o cerere introductivă” (care din punct de vedere tehnic este, totuși, corectă) este întrecută de formularea „împotriva unui debitor prezumat în insolvență” care poate produce confuzie în aplicarea legii, în condițiile în care insolvența este prezumată, iar nu debitorul.

După cum am arătat în secțiunile referitoare la insolvență ca instituție juridică și la condițiile pentru deschiderea procedurii, în reglementarea Legii nr. 85/2006 creditorul (ca de altfel și debitorul, dacă el formulează cererea introductivă) trebuie să dovedească creanța, cu cerințele prevăzute de lege inclusiv sub aspectul încetării plăților de mai mult de 30 de zile, iar sub aspectul corelativ, privind lipsa disponibilităților bănești, legiuitorul a instituit o prezumție legală, potrivit art. 3 alin. (1) lit. a) din lege.

Este interesant de subliniat evoluția în timp a raportului dintre cele două elemente corelative: creanțele, respectiv, lipsa disponibilităților bănești pentru plata acestora. Sub reglementarea Codului comercial și mai ales anterior acesteia, ceea ce iniția demersul procedural al creditorilor era încetarea plăților de către debitorul lor, sub aspect factic, acesta nemaiajând lichidități pentru plată. Cererea introductivă a creditorilor viza dovedirea doar a încetării plăților, ca aspect factic, adică lipsa lichidităților (pe care în împrejurarea respectivă le căutau, în mod simbolic, prin spargerea teighelei comerciantului debitor) (*banca rotta*) și în acest sens obțineau o hotărâre declarativă a falimentului debitorului. Creditorii nu trebuiau să dovedească chiar deloc creanțele lor, care se verificau ulterior, după declararea falimentului. Or, în pre-

zent, după cum am văzut, prin cererea introductivă formulată creditorul trebuie să dovedească cerințele legale cu privire la creanța pe care o invocă împotriva debitorului, iar în ceea ce privește lipsa lichidităților, elementul esențial al insolvenței/falimentului, legiuitorul instituie prezumția de insolvență.

Prin urmare, prezumția legală privește lipsa disponibilităților bănești, deci se poate referi doar la insolvență, sub aspect probatoriu. Or, în formularea art. 31 alin. (1) debitorul este prezumat în insolvență, deși dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. a) prevăd că insolvența este prezumată. Deosebirea ar putea fi considerată doar de suprafață dacă nu ar fi în măsură să conducă la interpretări greșite în aplicarea legii. Referitor la prevederile art. 31 alin. (1) s-au invocat chiar și excepții de neconstituționalitate, în raport cu interpretarea posibilă în sensul că prevederile respective ar permite ca orice creditor să poată cere deschiderea procedurii pe baza unei simple prezumții, în sensul că debitorul s-ar afla în insolvență, dacă nu a plătit în 30 de zile, ceea ce ar putea conduce la vătămarea reputației și situației economice a acestuia. Desigur, excepțiile de neconstituționalitate au fost respinse, reținându-se că creditorul trebuie să facă dovada cu privire la cerințele legale privind creanța, iar debitorul, contestând, să facă dovada contrară referitor la creanță și/sau la lipsa disponibilităților bănești.

În mod corect formularea în discuție trebuie înțeleasă în sensul „...împotriva unui debitor aflat în insolvență prezumată...”. Prin formularea la care a recurs în lege, „...împotriva unui debitor prezumat în insolvență...”, legiuitorul a urmărit, în realitate, să accentueze faptul că cererea creditorilor se poate formula doar în ipoteza insolvenței (vădit) prezumate, iar nu și în cazul insolvenței iminente, deoarece doar în cazul celei prezumate creditorului nu i s-a plătit creanța și poate justifica un interes în a solicita deschiderea procedurii pentru acoperirea acesteia, în timp ce în cazul insolvenței iminente creanța nici nu este scadentă (ci doar urmează să devină). În acest context, considerăm a fi, în esență, eronată opinia exprimată în doctrină în sensul că ar trebui să fie considerat „creditor îndreptățit să solicite deschiderea procedurii” și acela care dovedește cerința creanței certe, lichide, dar nu și aceea a exigibilității de 30 de zile, deoarece aceasta ar însemna că se poate

formula cerere introductivă de către creditor și pentru insolvența iminentă, deși contrariul rezultă în mod expres din cuprinsul legii.

3.3.1. Conexarea

Potrivit art. 31 alin. (3) din Legea nr. 85/2006, dacă între momentul înregistrării cererii de către un creditor și cel al judecării acestei cereri, sunt formulate cereri distincte de către alți creditori împotriva aceluiași debitor, tribunalul va verifica, din oficiu, la data înregistrării, existența dosarului pe rol, va dispune conexarea acestora și va stabili îndeplinirea condițiilor prevăzute la alin. (1) referitoare la cuantumul minim al creanțelor, în raport cu valoarea însumată a creanțelor tuturor creditorilor care au formulat cereri și cu respectarea valorii prag prevăzută de prezenta lege. Dacă unii creditori renunță la cererea lor, procedura continuă pe baza cererilor rămase, care, însumate sub aspectul creanțelor la care se referă trebuie să depășească valoarea prag.

Având o densitate mare în privința reglementării pe care o cuprinde, textul de lege menționat este prea alambicat, astfel că trebuie clarificat.

Legiuitorul a avut în vedere ipoteza ulterioară constituirii unui dosar, a formulării după înregistrarea unei cereri introductive inițiale (prin care se cere efectiv deschiderea procedurii), de către alți creditori și a unor alte cereri introductive, care altfel ar fi supuse individual, fiecare, înregistrării într-un dosar separat. Nu sunt avute în vedere alte cereri cum ar fi cele de admitere a creanțelor, în înțelesul prevăzut de art. 65 din Legea nr. 85/2006, care în această perioadă sunt premature. Acestea din urmă cereri se vor depune tot la dosarul inițial, dar nu vor constitui obiectul conexării sau al judecării cererii introductive, ci doar obiectul continuării procedurii, după eventuala deschidere a acesteia (sub aspectul verificării, contestării, înscrierii în tabel etc.). După deschiderea procedurii, nu se mai pot lua în considerare cereri introductive ca atare; chiar dacă sunt denumite astfel ele nu mai pot avea, conform legii, decât valoarea procedurală a unei cereri de admitere a creanțelor și vor fi supuse procedurii în mod corespunzător, cu mențiunea că dacă au fost eventual și înregistrate într-un alt dosar se vor conecta, mai întâi, la cel în care deja s-a deschis procedura.

În cadrul fiecărui dosar astfel constituit tribunalul, prin serviciul de registratură și arhivă verifică registrele instanței, depunându-se un proces verbal sub acest aspect la dosar, referitor la identificarea unei alte cauze aflate în paralel pe rol având ca obiect procedura împotriva aceluiași debitor. Se ajunge astfel să se depisteze eventuala existență a cel puțin două dosare pe rolul tribunalului referitoare la cereri introductive privind același debitor și să se dispună conexarea acestora de către judecătorul sindic.

În ceea ce privește conexarea, sunt aplicabile prevederile art. 164 alin. (1) C proc. civ., în sensul că deși este vorba de creditori diferiți, cererile acestora au același obiect și cauză, din moment ce este vorba de cereri de deschidere a procedurii insolvenței împotriva aceluiași debitor, iar procedura are în esență caracter colectiv referitor la creditori. Conexarea are caracter obligatoriu, de aceea realizarea ei se urmărește din oficiu, pentru că, evident, nu pot fi derulate în același timp două proceduri împotriva aceluiași debitor.

Textul legal în discuție conține o mică eroare, prin formularea „...și va stabili îndeplinirea condițiilor prevăzute la alin. (1) referitoare la cuantumul minim al creanțelor...”. În realitate la alin. (1) nu sunt prevăzute, propriu-zis, condiții referitoare la cuantumul minim al creanțelor, acestea regăsindu-se expres în art. 3 alin. (12) din lege și, de altfel, nu sunt prevăzute expres nici un fel de condiții. Ceea ce a intenționat legiuitorul prin formularea respectivă, a fost să prevadă că în contextul judecății cererilor introductive, valoarea minimă (valoarea prag) se calculează prin însumarea cuantumului creanțelor din cererile introductive conexate, în sensul că și dacă fiecare dintre creanțele invocate în acele cereri nu are cuantumul mai mare de 30 000 lei, condiția prevăzută de lege sub aspectul valorii prag trebuie considerată îndeplinită dacă în urma însumării lor se atinge această valoare.

Dispozițiile art. 31 alin. (4) din Legea nr. 85/2006 prevăd că în cazul în care există o cerere de deschidere a procedurii insolvenței formulată de către debitor și una sau mai multe cereri formulate de creditori, nesoționate încă, toate cererile de deschidere a procedurii se conexează la cererea formulată de către debitor.

În această ipoteză conexarea se impune în raport cu caracterul unic și colectiv al procedurii, iar legiuitorul a schimbat criteriul primului

dosar constituit, astfel cum prevede art. 164 C. proc. civ., cu acela al cererii debitorului.

Dacă în această ipoteză debitorul renunță la judecată, procedura va continua pe baza cererilor creditorilor și invers.

Potrivit art. 31 alin. (5) din Legea nr. 85/2006, dacă s-a deschis o procedură într-un dosar, celelalte eventuale dosare aflate pe rol, cu același obiect, vor fi conexe la același dosar.

Din moment ce textul de lege are în vedere alte dosare, cu același obiect, legiuitorul a avut în vedere ipoteza în care, din motive ce pot ține în general de greșita administrare a justiției, se ajunge, totuși, la situația în care pe rolul aceluiași tribunal sau a mai multor tribunale diferite (dacă s-a greșit și sub aspectul competenței teritoriale) să fie derulate mai multe proceduri distincte împotriva aceluiași debitor. În această situație este, de asemenea, obligatorie conexarea dosarelor respective la acela în care tribunalul competent a deschis inițial procedura. În acest scop, în ceea ce privește eventualele dosare aflate pe rolul altor tribunale, care nu erau competente pentru pronunțarea hotărârii de deschidere a procedurii, chiar dacă nu se mai poate formula recurs în scopul obținerii casării hotărârii respective și trimiterii cererii introductive pentru judecarea de către tribunalul competent, trebuie să se solicite declinarea la tribunalul competent, în baza textului expres din legea specială, în vederea dispunerii conexării la această din urmă instanță.

3.3.2. Obiectul/conținutul cererii

Obiectul (petitul) cererii creditorului îl constituie, ca și în cazul cererii debitorului, solicitarea de deschidere a procedurii insolvenței în ceea ce privește debitorul.

Deși nu are caracter expres obligatoriu prin prisma dispozițiilor legii, este cazul să se precizeze în cerere și dacă se solicită deschiderea procedurii generale sau simplificate. Oricum, chiar dacă nu intervine o astfel de precizare, judecătorul sindic are obligația să judece și să dispună și în acest sens, altfel hotărârea ar fi incompletă sub aspectul respectiv, necesar pentru derularea ulterioară a procedurii, neputându-se deschide o procedură căreia nu i se poate preciza modalitatea.

Conținutul cererii se referă, pe lângă obiectul (petitul) acesteia și elementele generale prevăzute sub sancțiunea nulității conform art. 112 C. proc. civ. privind în primul rând părțile, și la mențiunile din motivarea acesteia, dintre care legiuitorul a avut în vedere prin art. 31 din Legea nr. 85/2006, în mod expres, ca date specifice procedurii și supuse verificării de către judecătorul sindic, următoarele :

a) Cuantumul creanței.

Acesta prezintă utilitate pentru aprecierea caracterului cert al creanței, pentru raportarea la valoarea prag etc.

b) Temeiul creanței.

Într-o primă opinie exprimată în doctrină, temeiul creanței se referă la izvorul acesteia, care trebuie dovedit (de exemplu, printr-un titlu executoriu, cum ar fi o hotărâre judecătorească sau prin alte probe, cum ar fi contracte, facturi etc.). Într-o altă opinie, temeiul creanței are utilitate doar pentru raportare la valoarea prag, cu privire la care se face distincție de către legiuitor în funcție de felul creanțelor (creanțele salariale, respectiv, celelalte creanțe), legea necondiționând aplicarea procedurii de natura, izvorul sau cauza creanțelor invocate. Referitor la aceste opinii, considerăm că trebuie avut în vedere conținutul ambelor.

Lipsa menționării în cuprinsul cererii a cuantumului și temeiului creanței poate atrage aplicarea prevederilor art. 114 C. proc. civ., în sensul de a se cere titularului cererii completarea cu privire la elementele omise, eventual și sub sancțiunea prevăzută de art. 155¹ C. proc. civ.? Dincolo de aprecierea în principiu sau referitoarea la neindicarea altor elemente decât cele în discuție, în fapt aplicarea dispozițiilor art. 114 C. proc. civ. este greoaie și, din acest motiv, neadecvată celerității cu care trebuie să se deruleze procedura insolvenței. În plus, nici nu se justifică, pentru că obiectul cererii introductive nu este acela de a se obține pronunțarea instanței în legătură cu întregul cuantum al creanței, ci deschiderea procedurii ca urmare a constatării stării de insolvență. Completarea cererii ar implica și efectuarea unei noi comunicări către debitor, a completării respective, în vederea completării eventualei contestații formulate.

De aceea, de regulă, în practica judiciară cererea introductivă este primită la instanță chiar dacă nu cuprinde cuantumul creanței și temeiul

acesteia, se comunică debitorului și, ulterior, este soluționată, în acest sens fiind formularea expresă a dispozițiilor legii speciale.

Doar dacă lipsesc și dovezile din care ar putea rezulta quantumul creanței sau temeiul acesteia, cererea va fi respinsă, neprobându-se cel puțin valoarea prag. Prin urmare, practic, nici nu ar trebui să se pună problema aplicării dispozițiilor art. 114, 132, 155¹ C. proc. civ. în contextul omisiunii elementelor în discuție.

În acest context, în doctrina juridică s-a exprimat opinia în sensul că dacă nu s-a indicat în cerere quantumul și temeiul creanței, neindicarea poate fi motiv de nulitate a cererii, trebuind apreciată ca o reiterare a uneia dintre condițiile generale de valabilitate a cererii de chemare în judecată prevăzute de art. 112 C. proc. civ. Or, o condiție nu poate fi în același timp și o condiție generală de formă potrivit art. 112 menționat, dar și o condiție specifică potrivit art. 31 alin. (1) din Legea nr. 85/2006. De asemenea, așa cum s-a mai arătat, petitul cererii introductive nu este stabilirea quantumului integral al creanței (acesta putând fi nu numai determinat ci și determinabil); ci deschiderea procedurii; numai dacă nu se indică quantumul și temeiul și nu se depune nici dovada creanței, pentru ca instanța să se lămurească în raport cu aceasta, atunci într-adevăr nu se poate verifica îndeplinirea niciuneia dintre cerințele legale cu privire la creanța pretinsă, iar în această situație cererea introductivă se respinge ca neîntemeiată.

În aceeași opinie se mai consideră că dacă creditorul indică quantumul, temeiul și garanțiile reale în cererea introductivă, atunci nu va mai trebui să mai formuleze separat, după deschiderea procedurii și cerere de admitere a creanței, ci va fi trecut pe tabelul creanțelor cu suma și garanția verificate de judecătorul sindic în contextul judecării cererii introductive, verificarea nemaitrebuind să fie făcută și de către practicianul în insolvență desemnat în cauză. Într-adevăr, nu este obligatoriu să se mai formuleze în mod separat de către creditorul titular al cererii introductive și o cerere de admitere a creanței, dar nu pentru motivul susținut în opinia arătată. Judecătorul sindic nu are, în cadrul judecării cererii introductive, obligația de a verifica creanța integral, sub toate aspectele, în sensul prevăzut de dispozițiile art. 67 alin. (1) (care au în vedere, de exemplu, și stabilirea ordinii de prioritate, aspect care nici nu trebuie menționat obligatoriu în cererea introductivă, ca de altfel

nici în cererea de admitere a creanțelor, dar trebuie analizat obligatoriu de către practicianul în insolvență. Potrivit dispozițiilor art. 66 și 67 din Legea nr. 85/2006, verificarea creanțelor constituie atribuția legală a practicianului etc.). Motivul pentru care nu mai trebuie formulată separat și o cerere de admitere a creanței constă în faptul că dacă cererea introductivă a fost formulată în mod corespunzător cerințelor legii speciale, trebuie apreciată totodată și ca o cerere de admitere a creanțelor, care deja există în fapt la dosar și numai rațiuni de ordin birocratic excesiv ar putea face să se ceară depunerea în mod distinct și a unei cereri de admitere a creanței.

Dar, în cazul creanțelor nementionate în cererea introductivă, creditorul va trebui să le declare în procedură formulând distinct o cerere de admitere a creanțelor.

c) Existența unei garanții reale asupra bunurilor debitorului.

Este vorba îndeosebi de garanțiile reale mobiliare (gajul) sau imobiliare (ipoteca), indiferent dacă acestea sunt convenționale sau legale. Nu se au în vedere și garanțiile personale, care nu constituie obiectul procedurii, valorificându-se doar în afara acesteia, deoarece nu face parte din averea debitorului. În funcție de existența sau nu a garanțiilor reale se face în procedură distincția între creanțe garantate, care atrag reguli distincte privind lichidarea bunurilor, ordinea de preferință a creditorilor la distribuire etc. și, respectiv, creanțele chirografare (negarantate).

Neindicarea garanției reale în cuprinsul cererii introductive nu poate constitui un motiv de nulitate a acesteia. Dacă nu se indică garanția nici în contextul verificării creanței de către practician, este evident că aceasta nu are șanse să fie menționată în tabelul preliminar al creanțelor existente împotriva debitorului. Problema care se pune este măsura în care garanția poate fi invocată pentru prima dată prin contestația la acest tabel sau în continuarea procedurii după acest stadiu, în scopul recunoașterii unei creanțe garantate. Considerăm că dacă garanția este pretinsă pentru întâia oară prin contestația formulată în temeiul dispozițiilor art. 73 alin. (1), care au ca scop o definitivare a tabelului obligațiilor debitorului, aceasta va trebui să fie recunoscută, fără să fie sancționat creditorul pentru omisiunea invocării garanției până la acel moment. Se dă curs astfel rațiunii de a fi a garanției și în același sens

trebuie interpretate și prevederile art. 73 alin. (4). Tabelul definitiv nu mai poate fi, însă, contestat în legătură cu omisiunea garanției decât în condițiile art. 75 alin. (1) din Legea nr. 85/2006.

Printr-o altă opinie – cu care nu suntem de acord – s-a apreciat că, fără a se putea vorbi despre o stingere a garanției, care poate interveni doar în condițiile legii, se poate argumenta că neindicarea acesteia în cererea introductivă duce la neînscrierea garanției în tabelul creanțelor și, deci, la inopozabilitatea acesteia față de masa credală, întrucât creditorul nu și-a declarat în termen garanția la masa credală. Or, neînvoarea garanției prin actele de procedură prevăzute de lege are drept rezultat nemenționarea acesteia în tabelul creanțelor, dar legea specială nu prevede în mod expres, totuși, un termen de decădere pentru declararea garanției.

d) Intenția de a participa la reorganizarea debitorului și modalitatea participării.

În mod evident, nu trebuie să se pună problema celor două aspecte în cazul în care prin cererea introductivă se solicită deschiderea procedurii simplificate.

Prin modalitatea participării la reorganizarea debitorului se au în vedere demersurile procedurale ce vor fi efectuate în scopul respectiv, de la participarea la comitetul, adunarea creditorilor, la propunerea unui plan. Indicarea modalității prezintă utilitate pentru analiza șanselor de reorganizare de către practicianul în insolvență; neefectuarea acestei mențiuni nu este de natură să atragă nulitatea cererii introductive și nu atrage nici decăderea creditorului din dreptul de a participa la reorganizare (cum s-a mai susținut în doctrină), pentru că intenția de a propune un plan se poate face până la momentul raportului prevăzut de art. 59 alin. (2) din lege.

*

Pentru elementele menționate în cuprinsul cererii introductive trebuie atașate acesteia înscrisurile doveditoare.

Aparent este de neînțeles de ce dispozițiile art. 31 alin. (2) nu prevăd atașarea la cererea introductivă și a dovezilor privind măsurile asigurătorii existente asupra bunurilor debitorului. Explicația constă în faptul că măsurile asigurătorii sunt aferente unor acțiuni individuale în realizarea creanțelor împotriva debitorului (care înseamnă atât judecarea

pentru obținerea unui titlu, cât și executarea silită). În raport cu deschiderea procedurii intervine suspendarea de drept a unor astfel de acțiuni și prin urmare nu se mai menține utilitatea măsurilor asigurătorii; altfel, ar însemna să se considere că măsurile se mențin pe parcursul procedurii, ceea ce ar contraveni regulilor privind derularea atât a reorganizării judiciare cât și a falimentului. Prin urmare mențiunea referitoare la măsurile asigurătorii ar trebui să prezinte doar o relevanță informală.

*

În cazul procedurii insolvenței, pentru formularea cererii introductive nu este necesar să se fi îndeplinit în prealabil procedura concilierii prevăzută de dispozițiile art. 720¹ C. proc. civ., a căror aplicare nu este compatibilă în materia de drept specială analizată.

Pe de altă parte, creditorul nu trebuie să recurgă la formularea cererii introductive în scopul de a obține obligarea debitorului la plata în mod prioritar a creanței sale, pentru a scăpa de amenințarea procedurii sau pentru a nu face cheltuielile mai mari pe care le-ar fi reclamat recurgerea în mod normal la executarea silită de drept comun pentru recuperarea propriei creanțe.

§4. Cererea C.N.V.M. și a altor persoane prevăzute de lege

Unele industrii a căror activitate distinctă este reglementată, cum ar fi instituțiile financiare, pot constitui obiectul unui regim special de insolvență și, în acest caz, legea poate da agenției guvernamentale cea mai relevantă în legătură cu acea industrie o exclusivă autoritate în inițierea procedurii de insolvență împotriva debitorului din acel domeniu.

În unele țări chiar legea generală privind insolvența poate da unei autorități guvernamentale, de exemplu procurorului, băncii centrale, autoritatea de a iniția procedura lichidării împotriva oricărei întreprinderi, dacă aceasta și-a încetat plățile sau dacă este considerată de interes public. În acest din urmă caz, dovedirea lipsei de disponibilități bănești a debitorului poate să nu fie necesară, dacă e vorba în mod prioritar de împrumutarea guvernului de a se distruge operațiuni ale unor întreprinderi sănătoase care au fost angajate, însă, în activități de natură frauduloasă, penală. În timp ce exercițiul unei asemenea politici

a puterii trebuie să fie bine delimitat, trebuie făcute eforturi pentru asigurarea că nu se va face abuz de asemenea puteri și ele vor fi exercitate în acord cu obiective clare.

În dreptul intern dispozițiile Legii nr. 85/2006 [art. 26 alin. (1)] prevăd în mod aparte și alți titulari ai cererii introductive decât debitorul și creditorii, prin prisma atribuțiilor de reglementare, control și supraveghere pe care acești alți titulari le exercită în legătură cu anumite categorii de debitori. Pe de altă parte, în unele domenii comerciale sunt în vigoare acte normative cu caracter special în ceea ce privește insolvența debitorilor, distincte de Legea nr. 85/2006, care constituie dreptul comun în materia insolvenței.

C.N.V.M. este singura din categoria de alți titulari ai cererii introductive, prevăzută în mod expres în Legea nr. 85/2006 [art. 26 alin. (2)]. Cererea introductivă se formulează în baza Legii nr. 297/2004 privind piața de capital. Potrivit art. 269 din această lege, în cazul în care administrarea specială nu are ca rezultat redresarea financiară se poate iniția procedura împotriva debitorului; prevederile art. 2 alin. (24) face însă vorbire despre procedura insolabilității, iar nu a insolvenței.

De asemenea, în domenii în care există legi speciale privind insolvența, derogatorii de la Legea nr. 85/2006 sunt prevăzuți și alți titulari ai cererii introductive, decât debitorul și creditorii, astfel:

- în materie bancară, dispozițiile art. 11 și urm. din O.G. nr. 10/2004, privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului instituțiilor de credit, prevăd posibilitatea Băncii Naționale a României (B.N.R.) de a formula cererea introductivă de faliment împotriva unei instituții de credit (bănci, instituții de credit, instituții financiare nebankare) aflată în stare de insolvență, în calitatea ei de autoritate de supraveghere bancară. Decizia de formulare a cererii introductive revine consiliului de administrație, care trebuie să ridice autorizația de funcționare a instituției de credit vizate și să facă dovada stării de insolvență.

- în materia asigurărilor, potrivit art. 28 din Capitolul III referitor la procedura falimentului societăților de credit, din Legea nr. 503/2004 privind redresarea financiară și falimentul societăților de asigurare cererea introductivă poate fi formulată și de Comisia de Supraveghere a Asigurărilor (C.S.A.), în anumite condiții.

Sub aspectul conținutului cererii introductive în aceste cazuri considerăm că titularul cererii, organul de supraveghere și control, trebuie să vizeze susținerea și dovedirea existenței creanțelor, a îndeplinirii cerințelor legale de către acestea, precum și a lipsei disponibilităților bănești. În cazul cererii C.N.V.M. s-a susținut și contrariul, în sensul că nu ar fi necesară întrunirea condițiilor prevăzute de Legea nr. 85/2006. Or, în Legea nr. 297/2004 se vorbește despre insolabilitate iar nu de insolvență, dar definirea acestora se face în mod similar.

Judecata cererii în aceste cazuri are, evident, un caracter contencios, părți fiind organul de supraveghere și control (reclamant), respectiv, debitorul (pârât).

Secțiunea a 2-a Judecata cererilor introductive

Neplata la scadență a debitului, în cazul insolvenței actuale (în ipoteza insolvenței iminente situația este distinctă, corespunzător prevederilor art. 3 pct. (1) lit. b) din lege), determină începerea curgerii termenului de 30 de zile calendaristice prevăzut de lege, în timpul căruia debitorul, dacă constată lipsa disponibilităților bănești, respectiv, la împlinirea căruia creditorul, beneficiind de prezumția insolvenței vădite, au posibilitatea să formuleze în instanță cererea introductivă pentru deschiderea procedurii insolvenței.

Judecata cererii introductive constituie obiectul primei perioade din procedura insolvenței cuprinsă între momentul depunerii și cel al soluționării acestei cereri.

Cererea debitorului (care se depune într-un singur exemplar) sau a creditorului (care se depune cu copie pentru comunicare debitorului) se înregistrează sau se trimite la instanța competentă exclusiv (secțiile de insolvență organizate în acest scop în cadrul tribunalelor se înființează, potrivit art. 6 și 154¹ din Legea nr. 85/2006 modificată prin Legea nr. 277/2009, în termen de 6 luni de la intrarea în vigoare a acestei din urmă legi), cu înscrisurile la care fac referire dispozițiile art. 28, respectiv, art. 31 alin. (2) din Legea nr. 85/2006.

§1. Judecata cererii debitorului

La primirea cererii debitorului de către instanță, aceasta este repartizată aleatoriu, în sistem informatizat (art. 9), rezultatul fiind stabilirea numărului dosarului, a completului și a termenului de judecată pentru care se va cita debitorul.

Potrivit dispozițiilor art. 27 alin. (5) din Legea nr. 85/2006 modificată prin Legea nr. 277/2009, „cererea debitorului se va judeca de urgență în termen de 5 zile, în camera de consiliu”. În forma inițială a legii insolvenței, prevederile în acest sens nu existau, cererea debitorului fiind supusă unui regim de judecată obișnuit, cu mențiunea că în raport cu art. 5 alin. (2) trebuia asigurată soluționarea cu celeritate a cererii. Modificarea a fost justificată prin faptul că, de regulă, orice întârziere în soluționarea cererii debitorului determină agravarea stării de insolvență a acestuia și, în mod corespunzător, reducerea șanselor de reorganizare ale acestuia (în alte țări reglementarea insolvenței prevede soluționarea cererii debitorului în chiar ziua depunerii la instanță).

Din formularea art. 27 alin. (5) rezultă, la prima vedere, că legiuitorul ar fi urmărit în mod imperios ca judecătorul sindic să se pronunțe asupra cererii debitorului într-un termen maxim de 5 zile de la înregistrare, dar mențiunile existente în textul de lege, singure, nu sunt în măsură să susțină în mod suficient interpretarea în acest sens, în orice ipoteză. Astfel, legiuitorul pare să fi avut în vedere judecarea cererii în camera de consiliu îndeosebi pentru a facilita soluționarea de urgență a acesteia. Or, teoretic, prevederea judecării unei cauze în camera de consiliu iar nu în ședință publică are alte rațiuni decât aceea privind urgența. De asemenea, simpla prevedere a judecării în camera de consiliu nu este de natură să determine judecata fără citare, între cele două aspecte neexistând o condiționare implicită. Dimpotrivă, în raport cu prevederile art. 85 C. proc. civ., citarea părților constituie regula, iar necitarea reprezintă excepția, aceasta din urmă trebuind să fie prevăzută expres, ceea ce nu a fost nicidecum avut în vedere în cazul formulării art. 27 alin. (5). În plus, chiar dacă se reține eventualul caracter necontencios al judecării cererii debitorului, trebuie avut în vedere că de esență procedurii necontencioase este lipsa caracterului contradictoriu iar nu exceptarea în mod obligatoriu de la regula citării.

Prin urmare, în condițiile în care debitorul nu primește termenul de judecată în cunoștință (în raport cu repartizarea aleatorie a cauzelor, înaintarea cererii prin poștă etc.), acesta, din punct de vedere legal, trebuie citat, bineînțeles într-o modalitate care să asigure realizarea urgentă a acestui act procedural (ceea ce nu este deloc facil în cazul în care debitorul nu își are sediul în apropierea secției de insolvență competentă). Dar, dacă la termenul de judecată procedura de citare nu va fi îndeplinită legal, se va justifica astfel amânarea judecării, care poate fi solicitată chiar de către debitor în baza altor motive, cum ar fi lipsa de apărare etc.

În principiu, nerespectarea dispoziției exprese în sensul judecării în camera de consiliu atrage, în măsura în care prin aceasta o parte a fost vătămată, nulitatea hotărârii judecătorești.

În raport cu dispozițiile art. 27 alin. (5), termenul de judecată a cererii debitorului ar putea fi stabilit și mai devreme de împlinirea termenului limită de 5 zile, dar la aceasta se poate opune, în unele ipoteze, faptul că potrivit art. 28 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 modificată prin Legea nr. 277/2009, debitorul are dreptul la termenul de 5 zile integral pentru a completa informațiile lipsă.

Oricum, în lipsa prevederii de către legiuitor a unei sancțiuni procedurale, termenul de 5 zile prevăzut de art. 27 alin. (5) trebuie să fie considerat drept un termen de recomandare, fără caracter imperativ. Aceasta înseamnă că termenul respectiv trebuie aplicat întotdeauna, cu excepția cazurilor în care o abatere de la acesta nu este justificată în fapt și în drept, făcându-se distincția necesară între cerința urgenței și aceea a celerității.

Dacă actele sau informațiile prevăzute de art. 28 alin. (1) din lege nu sunt complete la momentul înregistrării cererii, legea prevede pentru debitor obligația completării acestora în 5 zile de la înregistrare, potrivit art. 28 alin. (2) (în forma inițială a legii insolvenței era prevăzut un termen de 10 zile). În raport cu actuala formulare a art. 27 alin. (5), pentru aplicarea sancțiunii decăderii din dreptul de a propune un plan de reorganizare, prevăzută de art. 28 alin. (2), în cazul în care informațiile prevăzute de art. 28 alin. (1) lit. a) – f) și h) nu sunt complete, prin rezoluția de primire debitorului va trebui să se precizeze și să se comunice, într-o modalitate care poate fi dovedită, sub ce aspecte

trebuie să efectueze completările necesare. La fel, în ceea ce privește timbrarea cererii.

Totodată, serviciul de registratură/arhivă al instanței va verifica dacă la acel moment mai sunt pe rol și alte cereri privind același debitor, întocmind un proces verbal în acest sens.

Față de cele arătate, pentru asigurarea în mod real a judecății în limita termenului de 5 zile, legiuitorul ar trebui să prevadă în mod expres, *de lege ferenda*, în primul rând judecarea cererii debitorului fără citare, în condițiile în care aducerea la cunoștința debitorului a obligației de timbrare și de completare a informațiilor se poate realiza și în altă modalitate decât prin procedura de citare.

*

În doctrina juridică s-a exprimat preocuparea pentru faptul că cererea debitorului nu este supusă comunicării către creditori, aceștia nefiind nici citați în cazul judecății cererii introductive a debitorului (li se notifică abia deschiderea procedurii), deși deschiderea procedurii îi influențează în primul rând (deschiderea procedurii suspendă acțiunile în realizarea creanțelor împotriva debitorului etc.) și pot fi surprinși de o astfel de cerere, neputând să facă o opoziție documentată în termen util.

Or, preocuparea nu este justificată în condițiile în care, în același context, se susține că debitorul recunoaște starea de insolvență prin cererea sa introductivă, iar această recunoaștere constituie o probă suficientă sub aspectul respectiv. După cum se va arăta și în paragraful următor, în contextul referitor la opinia privind caracterul necontencios al judecății cererii debitorului și probele aferente, judecata acestei cererii comportă un aspect special, propriu procedurii insolvenței.

*

În unele lucrări referitoare la insolvență s-a susținut opinia în sensul că în cazul cererii debitorului judecata se supune regulilor procedurii necontencioase, iar din această cauză nu sunt citați creditorii, lor fiindu-le notificată doar după deschiderea procedurii hotărârea pronunțată în acest sens. Se mai consideră că pentru a se evita contestațiile ulterioare și dificultățile ridicate de opoziție ar fi util să se notifice creditorilor cunoscuți cererea introductivă a debitorului, astfel ca aceștia să poată formula în termen util cereri de intervenție.

Or, legea specială, care reglementează o procedură specială, nu prevede posibilitatea contestării cererii introductive a debitorului altfel decât sub forma opoziției, care privește deschiderea procedurii și, în mod implicit, cererea introductivă a debitorului (ceea ce constituie un argument în sensul că opoziția privește măsura în care sunt îndeplinite condițiile legale de deschidere a procedurii, deci temeinicia hotărârii de deschidere sub acest aspect, iar nu alte aspecte). De asemenea, din moment ce se prevede legal doar opoziția, de ce s-ar efectua notificarea pentru o cerere de intervenție pe care legea specială nu o prevede.

Referitor la aceeași opinie, trebuie avut în vedere în primul rând că de specificul procedurii necontencioase nu este aspectul necitării sau lipsa celeilalte părți, a părții chemate în judecată, ci faptul că prin dezlegarea cererii nu se urmărește stabilirea unui drept potrivit față de o altă persoană; în consecință, nu primele două aspecte menționate sunt în măsură să atribuie judecății un caracter necontencios, ci acela din urmă, în raport cu care, însă, este cel puțin discutabil dacă prin cererea debitorului nu se vizează în mod obiectiv chiar stabilirea unui drept potrivit față de creditorii (de exemplu, în raport cu interesul creditorilor în sensul executării silite potrivit dreptului comun). Lămurirea unui astfel de aspect este deosebit de complicată, deoarece ar intra în discuție scopul procedurii, avantajele sau dezavantajele acesteia pentru părți, interesul particular sau cel privat, faptul că dreptul de creanță al creditorilor se stabilește prin verificarea de către practician numai ulterior deschiderii procedurii etc., adică o bună parte dintre aspectele speciale și complexe ale procedurii insolvenței. Este suficient, însă, să se rețină în acest context că în practica internațională, după un exercițiu îndelungat în domeniul insolvenței, s-a consacrat ideea că este util ca debitorul să aibă dreptul propriu de a cere deschiderea procedurii, în condițiile legii, fără a chema și creditorii în judecata în acest scop, pentru asigurarea celerității, simplificarea judecății, iar în măsura în care dreptul respectiv poate fi apreciat ca fiind potrivit celui al creditorilor, se permite acestora să-și susțină propriul drept printr-o judecată defazată de aceea a cererii debitorului, de data aceasta evident contencioasă, pe calea opoziției. În legătură, însă, cu opoziția mai intervine un alt aspect, referitor la faptul că unii creditorii pot fi interesați de intrarea debitorului în procedură, iar alții nu, pentru că nu au creanțe favorizate

etc., astfel că nu toți creditorii au interesul formulării opoziției. Este discutabil dacă doar defazarea dintre judecata cererii debitorului, respectiv, judecata opoziției și eventualul interes neunitar al creditorilor referitor la opoziție sunt suficiente în sensul reținerii caracterului necontencios al judecării cererii debitorului, în condițiile în care judecata cererii debitorului și judecata opoziției pot fi apreciate și în mod unitar sub aspectul dreptului vizat, ca fețele aceleiași medalii.

Chiar dacă practic se reține caracterul necontencios al judecării cererii debitorului, în raport cu art. 149 din lege nu poate fi compatibilă sub acest aspect formularea unei întâmpinării sau a unei cereri de intervenție potrivit dreptului comun, din moment ce legea specială prevede expres pentru creditorii posibilitatea formulării unei alte cereri cu caracter special pentru apărarea intereselor lor, și anume, opoziția. În raport cu aceste susțineri, este explicabil de ce împotriva hotărârii de deschidere pronunțate la cererea debitorului nu se poate formula și recurs de către creditorii și, de altfel, de ce nu e cazul nici să se accepte ideea notificării cererii introductive a debitorului către creditorii, care nu ar asigura celeritatea procedurii, în condițiile în care ar trebui efectuată până la primul termen, de către instanță.

Practic, nici nu este util ca judecata cererii debitorului să fie considerată, prin prisma dreptului comun, ca fiind contencioasă sau necontencioasă, ci doar drept o modalitate procedurală specială în cadrul procedurii insolvenței, la care se recurge pentru soluționarea cererii astfel cum este prevăzută în legea specială aplicabilă în materia insolvenței. Oricum, de caracterul necontencios al judecării nu se leagă în mod obligatoriu aspectul necitării, lipsa cerinței probării cererii introductive [art. 333 alin. (2) C. proc. civ.]. În materia insolvenței chiar legea specială impune probarea cereri introductive și nu trebuie uitat nici că, în conformitate cu art. 337 C. proc. civ., încheierea pronunțată într-o procedură necontencioasă nu are autoritate de lucru judecat.

Deși este necesar să se efectueze cu celeritate judecata cererii introductive a debitorului, o astfel de judecată trebuie asigurată în baza unei reglementări corespunzătoare în cuprinsul legii speciale, care nu poate fi înlocuită în mod valabil prin trimiteri necorespunzătoare la instituții juridice din dreptul comun.

*

Importanța cererii debitorului, sub aspectul efectelor produse nu numai față de acesta dar și față de creditori sau alte persoane, face necesară analiza în mod distinct a problemei referitoare la măsura în care pot interveni în judecata acestei cereri, în calitate de părți și alte subiecte de drept decât debitorul titular.

În doctrină, pornind de la faptul că cererea introductivă a debitorului poate împieta asupra intereselor diverselor persoane, s-a apreciat, într-o opinie, că această cerere trebuie să poată fi atacată, contestată (altfel decât prin opoziție) de către creditori (de exemplu, creditorul care avea pe rol o executare silită împotriva debitorului) dar și de alte persoane interesate, chiar în timpul judecării cererii sau în calea de atac a recursului.

Astfel, s-a susținut că din moment ce cererea debitorului ar avea caracter necontencios, atunci sunt aplicabile dispozițiile art. 335 C. proc. civ., care permit formularea unei cereri de intervenție în interes propriu de către orice persoană interesată. Astfel cererea debitorului capătă caracter contencios și, din moment ce a devenit parte într-o judecată contencioasă, intervenientul va putea formula și recurs. Mai mult, s-a susținut că doar în baza art. 336 alin. (3), fără o dispoziție specială, orice persoană interesată, chiar dacă nu a fost citată, deci nu a fost parte la judecata în primă instanță, poate face recurs împotriva hotărârii date în procedura necontencioasă.

Or, posibilitatea de a se putea formula o cerere de intervenție în contextul judecării cererii debitorului nu este nicidecum prevăzută de dispozițiile Legii nr. 85/2006, acestea prevăzând, cu caracter special, doar posibilitatea formulării opoziției, doar de către creditori și aceasta numai după notificarea deschiderii procedurii. Prin urmare, opoziția, iar nu o altă instituție juridică din dreptul comun, poate constitui cadrul procedural, iar în raport cu aceasta rezultă inadmisibilitatea cererii de intervenție. De altfel, relativ la creditori, aceștia nu își pot motiva cererile lor de a sta în instanță în cazul cererii introductive a debitorului în baza unui alt interes decât cel al masei credale, în legătură cu masa credală, iar masa credală/colectivitatea creditorilor poate fi apreciată ca existentă doar începând cu momentul deschiderii procedurii, delimitarea ei în mod obiectiv intervenind chiar ulterior acestui moment.

Cererea de intervenție nu este compatibilă cu reglementarea legală specială și nici expresă prevăzută pentru judecata cererii debitorului, care, cum s-a mai arătat, trebuie apreciată îndeosebi în sensul că are un caracter specific, (special), interpretarea prevederilor art. 149 din Legea nr. 85/2006 neputând să conducă la o aplicare exagerată a dreptului comun.

În ceea ce privește creditorii, recunoașterea ca regulă a posibilității formulării de către aceștia a cererilor de intervenție ar împieta grav celebritatea derulării procedurii, căreia i-ar conferi tipicul lent propriu unei judecăți de drept comun. În opinia criticată se reține că creditorii ar putea formula nu numai opoziție, dar și cerere de intervenție și chiar recurs, iar aceste din urmă două cereri pot fi formulate și de către asociați, acționari sau alte persoane din compunerea debitorului.

Or, în sensul că în realitate legea nu prevede posibilitatea formulării recursului, pot fi reținute argumentele deja susținute anterior. Hotărârea prin care s-a soluționat cererea debitorului poate fi atacată cu recurs doar de către debitor pentru că doar acesta poate fi parte la judecata în primă instanță. Desigur că dacă în timpul judecății în primă instanță s-a formulat efectiv și o altă cerere, de intervenție, aceasta trebuie să fie judecată (deoarece nu se poate refuza primirea ei) dar în sensul respingerii ei ca inadmisibilă. În acest caz hotărârea primei instanțe va privi soluționarea atât a cererii debitorului cât și a cererii de intervenție, intervenientul devenind și el parte în proces și în raport cu această calitate nu poate fi lipsit de dreptul la recurs, dar numai pentru motive privind respingerea ca inadmisibilă a cererii sale de intervenție.

Împotriva hotărârii de deschidere a procedurii la cererea debitorului creditorul, care nu a fost parte la judecata în primă instanță, nu are calitatea procesuală activă pentru a formula recurs.

În cazul acționarului, asociatului sau altor persoane din compunerea debitorului persoană juridică s-a susținut în opinia criticată că aceștia se pot îndrepta împotriva cererii introductive a debitorului fie prin cerere de intervenție, fie prin recurs, cu excepția cazului în care formularea cererii debitorului a fost precedată de o hotărâre A.G.A. în acest sens. Dacă debitorul are organe de conducere colegiale, un membru al consiliului de administrație care s-a opus luării deciziei de formulare a cererii introductive de către acest organ, nu poate ataca cererea res-

pectivă în instanță, chiar dacă ar justifica un interes (de exemplu, deschiderea procedurii poate afecta acționarii în sensul devalorizării acțiunilor pe care le dețin la debitor, al blocării acestora la bursă etc.) pentru că acționarul respectiv poate ataca decizia doar în A.G.A. Cu atât mai mult nu se poate ataca cererea debitorului persoană juridică printr-o cerere de intervenție sau în recurs, de către un membru al consiliului de administrație, pe calea unei excepții de nulitate a deciziei acestui organ de conducere.

Prin dispozițiile art. 27 alin. (3) din lege s-a avut în vedere persoana care trebuie să semneze cererea debitorului persoană juridică. Eventualul interes al acționarului, asociatului de a ataca decizia care a stat la baza semnării nu poate genera o cerere care să constituie obiectul judecării în cadrul judecării cererii debitorului referitoare la aspectele privind cerințele legale pentru deschiderea procedurii, ci eventual potrivit procedurii de drept comun. De fapt, nici nu are relevanță dacă decizia a fost nulă sau nu, relevanță asupra valabilității cererii debitorului având măsura în care aceasta este sau nu întemeiată sub aspectul îndeplinirii cerințelor legale pentru deschiderea procedurii. Altfel, s-ar putea considera că dacă sunt condițiile îndeplinite, dar mai apoi s-ar proba că decizia de semnare a cererii nu a fost valabilă din anumite cauze, atunci nici deschiderea procedurii nu ar mai fi valabilă. Or, trebuie precizat că cererea introductivă vizează și un scop general și dacă a fost admisă, dispunându-se deschiderea procedurii, atunci trebuie considerat că a exista și un motiv real pentru semnare, la acel moment.

Acționarul, asociatul nu sunt abilitați nici să formuleze apărări în cadrul judecării cererii debitorului în sensul că acesta nu ar fi în stare de insolvență. Procedura insolvenței trebuie să rămână o procedură specială, fără să fie denaturată prin completarea oricând și oricum, cu dispozițiile dreptului comun, în lipsa compatibilității acestora.

1.1. Renunțarea la judecată

Unii autori au susținut că dacă la cererea debitorului se deschide procedura și cel puțin un creditor se înscrie la masa credală fără să fi formulat opoziție, dacă debitorul renunță la cererea de deschidere, atunci procedura nu mai poate fi închisă.

Or, odată ce ipoteza avută în vedere arată că cererea debitorului s-a soluționat deja, din moment ce s-a deschis procedura, nu mai poate fi vorba de o renunțare la cererea introductivă de către debitor.

În virtutea principiului disponibilității părților, debitorul (sau creditorul) care a cerut deschiderea procedurii poate să renunțe la judecata cererii introductive oricând până la pronunțarea hotărârii de soluționare a acesteia, în temeiul art. 246 C. proc. civ. Chiar dacă procedura insolvenței este și de interes public, în cazul renunțării la judecata cererii introductive de către titularul acesteia, instanța va trebui să se desisteze, luând act de renunțare. Renunțarea la judecata cererii introductive poate interveni, în raport cu aceleași considerente și în cazul în care este formulată de către C.N.V.M., B.N.R., C.S.A.

Pe de altă parte nu este posibil ca pe calea convenției dintre debitor și creditor aceștia să se oblige să nu formuleze cererea de deschidere a procedurii, deși ar fi îndeplinite condițiile legale. Referitor la o astfel de convenție s-a susținut, pe de o parte posibilitatea recunoașterii valabilității ei deoarece în ceea ce privește creditorul vizează un drept bănesc individual, de care acesta poate dispune după cum dorește. Pe de altă parte, s-a apreciat și că din moment ce procedura insolvenței reprezintă o instituție de ordine publică, creditorul nu poate, menținându-și creanța, să se abțină de la a cere deschiderea procedurii.

Or, desigur că în cazul cererii debitorului pentru insolvență actuală, formularea cererii are caracter obligatoriu, potrivit dispozițiilor exprese ale legii. În cazul cererii creditorului, trebuie avut în vedere că procedura falimentului este de interes general, interes care depășește aria drepturilor individuale și pretinde ca un debitor aflat în insolvență să fie supus procedurii insolvenței. Dar după cum un creditor poate renunța la o cerere de executare, poate să se prevaleze și de dreptul de a renunța la deschiderea procedurii, fără ca prin aceasta să aducă atingere interesului general. Interesul general poate fi, de altfel, realizat și prin dreptul celorlalți creditori de a cere deschiderea sau, în cazul în care ar exista și sesizarea tribunalului din oficiu, prin autosesizarea acestuia.

§2. Judecata cererii creditorului

2.1. Înregistrarea și comunicarea cererii creditorului

În urma primirii cererii creditorului aceasta se repartizează spre soluționare în mod aleatoriu, în sistem informatizat, operațiune în urma căreia se constituie dosarul cauzei, se stabilește completul de judecată (judecătorul sindic) și termenul de judecată pentru când se vor cita creditorul și debitorul. Judecătorul sindic va dispune citarea debitorului cu mențiunea comunicării cererii introductive în copie, precum și citarea creditorului, în cazul în care este necesar, cu mențiunea timbrării cererii.

Totodată se verifică în registrele și arhiva instanței, întocmindu-se un proces verbal, eventuala existență anterioară sau la acel moment și a altor cereri (dosare) pe rol privind procedura insolvenței față de același debitor.

Potrivit dispozițiilor art. 33 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, în termen de 48 de ore de la înregistrarea cererii creditorului îndreptățit să solicite deschiderea procedurii insolvenței, judecătorul sindic va comunica cererea, în copie, debitorului.

Termenul de 48 de ore s-a stabilit în virtutea principiului celerității care trebuie să guverneze procedura insolvenței și nu este întotdeauna ușor de respectat, context în care ar trebui considerat un termen de recomandare, cu atât mai mult cu cât nu eventuala lui depășire poate atrage nevalabilitatea comunicării, ci o altă situație cu care poate avea legătură acest termen, la care se va face referire la secțiunea privind contestația debitorului.

În practică s-au utilizat în fapt două modalități de efectuare a comunicării cererii introductive către debitor: fie aceea a comunicării copiei atașată unui formular conceput exclusiv pentru acest act de procedură, fie atașată citației înaintată debitorului, purtând mențiunea expresă a comunicării cererii. În ambele cazuri, în raport cu dispozițiile art. 7 din lege, comunicarea se realizează potrivit prevederilor Codului de procedură civilă.

În doctrină s-a apreciat, chiar dacă nu era tocmai necesar, că nu trebuie confundată comunicarea cererii introductive cu notificarea

deschiderii procedurii și, de asemenea, că formularea art. 33 alin. (1) ar fi defectuoasă, deoarece are în vedere comunicarea unei copii deși potrivit Codului de procedură civilă creditorul trebuie să depună cererea în atâtea exemplare originale câte trebuie pentru dosar și pentru comunicare, astfel încât să nu fie instanța obligată să asigure copiile necesare comunicării. Or, discuțiile asupra a ceea ce înseamnă aici copie, respectiv, original, sunt mai puțin importante, obligatoriu fiind ca în privința conținutului să se comunice debitorului întocmai aceași cerere, iar exemplarul pentru comunicare să fie depus, desigur de către creditor.

S-a mai susținut în doctrină și jurisprudență că neregularitatea comunicării către debitor a cererii creditorului trebuie să fie invocată la primul termen de judecată, dacă debitorul se prezintă în instanță, sub sancțiunea decăderii din dreptul de a mai invoca neregularitatea. Dacă debitorul nu participă la ședința de judecată pentru că nu a primit citația (dacă comunicarea cererii se face separat în ea nu e menționat termenul de judecată și, prin urmare, debitorul trebuie citat), această neregularitate, fiind de ordine publică, poate fi invocată de debitor în recursul împotriva hotărârii de soluționare a cererii creditorului.

Comunicarea este un act de procedură a cărei îndeplinire revine instanței, cu caracter obligatoriu și peste care nu se poate trece în ceea ce privește efectivă realizare decât dacă debitorul confirmă că s-a realizat pe alte căi scopul comunicării, acela de a-i fi adusă la cunoștință cererea creditorului. Măsura în care debitorul va formula sau nu contestație rămâne la deplina sa latitudine, obligatorie fiind asigurarea exercitării dreptului său la apărare și aplicarea principiului contradictorialității, pe calea citării și a comunicării cererii creditorului. La primul termen de judecată, dacă dovada de comunicare nu este valabilă (neregularitatea este de ordine publică și trebuie constatată din oficiu) iar debitorul nu s-a prezentat în instanță, judecătorul sindic trebuie să amâne cauza, dispunând refacerea comunicării; dacă este prezent debitorul acesta poate cere amânarea pentru refacerea comunicării sau poate să confirme că a luat la cunoștință despre cererea creditorului, situație în care comunicarea neîndeplinită este acoperită. Oricum, simpla prezentare în instanță a debitorului nu prezintă relevanță în sine sub aspectul în discuție. Dacă la termen nu există la dosar dovada legală de comunicare, iar debitorul se prezintă dar nu invocă necomu-

nicarea, este justificată decăderea debitorului din dreptul de a mai invoca neregularitate comunicării, în baza dispozițiilor art. 108 alin. (3) C. proc. civ., care prevăd că neregularitatea actelor de procedură (care atrage nulitatea relativă) se acoperă dacă partea nu a invocat-o la prima zi de înfățișare ce a urmat după această neregularitate și înainte de a pune concluzii în fond. Prin urmare, debitorul nu va mai fi în situația de a mai depune contestație în termen.

Scopul comunicării este acela de a se da posibilitatea debitorului să ia cunoștință despre cererea formulată împotriva sa și de a se apăra, prin formularea unei contestații.

2.2. Contestația debitorului [33 alin. (1)]

Potrivit art. 33 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, în termen de 10 zile de la primirea copiei debitorul trebuie fie să conteste, fie să recunoască existența stării de insolvență. Dacă debitorul contestă starea de insolvență, iar contestația sa este ulterior respinsă, el nu va mai avea dreptul să solicite reorganizarea judiciară.

2.2.1. Termenul de formulare a contestației

Legiuitorul a prevăzut pentru formularea contestației un termen de 10 zile, calculat de la data la care s-a comunicat debitorului cererea creditorului. Este vorba de un termen procedural, deci se va calcula pe zile libere.

Trebuie reținut că termenul de 10 zile trebuie să se îndeplinească mai înainte sau cel mult la data termenului de judecată acordat pentru cererea introductivă a creditorului, pentru că dacă se îndeplinește după această dată și doar cererea creditorului a constituit obiectul judecății, nu s-a respectat dreptul debitorului de a formula contestație în termenul acordat de lege. Desigur, această apreciere intervine în cazul în care debitorul a și înregistrat la instanță o contestație în perioada dintre momentul judecății și data ulterioară la care se îndeplinea termenul de 10 zile, pentru că dacă s-a depus o contestație după împlinirea acestui termen, aceasta este oricum tardivă iar debitorul nu a fost vătămat în

drepturile sale. Termenul de 10 zile este un termen de decădere, iar nu de prescripție extinctivă, depunerea contestației după împlinirea termenului în discuție atrăgând respingerea acesteia ca tardivă.

În raport cu împlinirea acestuia s-a apreciat că debitorul nu poate beneficia de o repunere în termenul de a formula contestația la cererea introductivă. Credem că nesusceptibilitatea de repunere în termen trebuie apreciată în mod relativ, de la caz la caz.

Astfel, situația în care comunicarea cererii introductive nu a fost legal efectuată nu constituie un motiv de repunere în termen, pentru că în acest caz termenul nu începe să curgă până nu se îndeplinește valabil comunicarea. Motive de repunere în termen pot fi doar acelea la care se referă art. 103 alin. (1) C. proc. civ. Suntem de acord că dacă există dovada de comunicare valabilă a cererii introductive, judecata acestei cereri a creditorului nu trebuie amânată doar pentru că teoretic este posibil ca să intervină o repunere în termen; nici în cazul întâmpinării nedepusă în termen, dacă citarea s-a efectuat legal nu se poate cere repunerea pe rol și nici invoca în recurs motivul nerespectării dreptul la apărare. Dar, dacă s-a efectuat legal comunicarea și s-a împlinit termenul de contestație fără să fi intervenit depunerea acesteia, iar judecata cererii introductive s-a amânat pentru alte motive (de exemplu, necitarea creditorului) și între timp se depune contestația cu motive justificate de repunere în termenul de contestație, s-ar justifica punerea în discuție a cererii de repunere în termen și admiterea ei, chiar dacă presupune o nouă amânare a judecării cererii introductive pentru a se comunica contestația către creditor, indiferent dacă aceasta contravine principiului celerității. Dar, dispozițiile exprese ale legii sunt stricte în privința respectării termenului de depunere a contestației.

2.2.2. Conținutul contestației

Simpla formulare a contestației nu atrage aprecierea de creanță contestată în ceea ce privește creanța din cererea introductivă.

Debitorul formulează contestație considerând că nu este în stare de insolvență astfel cum a pretins creditorul prin cererea introductivă. Prin urmare, debitorul susține că nu sunt îndeplinite cerințele legale care definesc starea de insolvență, adică cele referitoare la raportul creanțe

neachitate – disponibilități bănești existent în patrimoniul debitorului, invocând, pe de o parte, faptul că creditorul nu este unul îndreptățit să solicite deschiderea procedurii și, pe de altă parte, existența lichidităților bănești, prin răsturnarea prezumției de insolvență.

Așadar, prin contestație debitorul poate susține, în concret, în primul rând că creanța pretinsă prin cererea introductivă nu este certă, lichidă și exigibilă de mai mult de 30 de zile sau peste valoarea-prag și, pe de altă parte, că are suficiente disponibilități bănești pentru plata datoriilor.

De asemenea, se mai poate susține că debitorul nu face parte din domeniul de aplicare al procedurii insolvenței (art. 1), necompetența materială a instanței etc.

În practica judiciară s-au invocat ca motive de contestație:

- lipsa unor probe în dovedirea creanței pretinse în cererea creditorului, stingerea obligației de plată ca urmare a prescripției extinctive sau stingerea în orice mod a creanței, nefurnizarea mărfurilor a căror contravaloare a fost invocată drept creanță, excepția de neexecutare a contractului, neacceptarea facturilor de către debitor prin semnare, dovedirea existenței disponibilităților etc. Dovedirea unor astfel de motive a condus la admiterea contestației debitorului și respingerea cererii introductive a creditorului.

- plata creanței de către debitor nevalabil probată, plata parțială a creanței invocată în cererea introductivă, plata creanțelor aparținând unor terți creditori, solvabilitatea debitorului în lipsa disponibilităților necesare etc. Susținerea unor astfel de motive a condus la respingerea contestației debitorului, ca nefondată.

*

Contestația debitorului trebuie să fie analizată în contextul aprecierii în mod unitar a cadrului procedural în care este formulată, care privește judecata cererii introductive, context în care această cerere are un scop similar, practic, întâmpinării din dreptul comun, acela al formulării apărărilor. Cu toate acestea, din punct de vedere procedural legal judecata are în vedere nu o cerere și o întâmpinare, ci două cereri, ceea ce atrage efecte juridice corespunzătoare. Conexiunea existentă între aceste cereri implică, de regulă, judecata lor deodată, cu precizarea că mai întâi este supusă judecării contestația debitorului, admiterea acesteia în cazul în care a fost găsită întemeiată atrăgând automat respin-

gerea cererii introductive, ca neîntemeiată. În cazul în care apărările formulate în contestația debitorului nu sunt întemeiate și, deci, nu sunt în măsură să susțină netemeinicia cererii introductive a creditorului, contestația este respinsă dar judecătorul sindic rămâne sesizat sub aspectul soluționării cererii introductive, a cărei judecată poate privi susțineri și dovezi distincte, în raport cu care se va aprecia separat temeinicia sau netemeinicia acestei cereri și, deci, admiterea sau respingerea ei. Cu alte cuvinte, respingerea contestației sau neformularea ei nu implică în mod obligatoriu și respingerea cererii introductive, care constituie o cerere distinctă și trebuie judecată ca atare.

Teoretic, cererea introductivă poate fi judecată separat nu în conexiune cu contestația ci la un alt moment, ulterior, după ce a fost respinsă contestației, dar această posibilitate este contraindicată.

Față de cele arătate anterior apare ca fiind total eronată opinia exprimată în doctrină în sensul că procedura este contencioasă doar dacă debitorul contestă, dar dacă debitorul nu a formulat contestație în termenul legal, sau dacă a recunoscut starea de insolvență, aceasta înseamnă că a achiesat tacit, respectiv, expres la cererea creditorului și atunci procedura trebuie să fie considerată necontencioasă.

Or, este indiscutabil că față de obiectul și conținutul cererii creditorului, de comunicarea acesteia, procedura începe având caracter contencios. Faptul că pârâțul recunoaște eventual pretențiile reclamantului nu valorează nici în procedura de drept comun schimbarea caracterului contencios în necontencios, iar textele din legea specială nu au un conținut derogatoriu în măsură să conducă la reținerea unei excepții de la dreptul comun sub aspectul în discuție.

În opinia criticată se mai susține că dacă debitorul căruia i s-a comunicat cererea creditorului nu se manifestă în nici un fel cu privire la aceasta, atunci judecătorul sindic este obligat să deschidă procedura. Aceasta, deoarece tăcerea debitorului nu mai permite judecătorului sindic să verifice existența stării de insolvență, întrucât în caz contrar prezumția de insolvență nu ar mai avea sens și, în plus, judecătorul și-ar putea manifesta „rolul activ” prin a cere expertize, extrase de cont și alte probe, ceea ce ar prelungi inutil procesul de deschidere a procedurii, în contră principiului celerității.

Or, „tăcerea” debitorului poate avea drept cauză o mulțime de alte motive reale decât acela că ar fi de acord să se deschidă procedura. Despre prezumția de insolvență și mecanismul de aplicare al acesteia am făcut vorbire în secțiunile privind insolvența și condițiile de deschidere a procedurii, în sensul că vizează disponibilitățile bănești, dar în raport cu disponibilitățile trebuie dovedite cerințele legale referitoare la creanță, care nu se prezumă. Recunoașterea debitorului nu este, singură, o probă suficientă pentru admiterea cererii creditorului, în raport cu dispozițiile art. 1169 C. civ. O altfel de interpretare ar însemna permiterea unor posibile abuzuri cum ar fi, de exemplu, ca prin convenție frauduloasă între un creditor, care formulează cererea introductivă și un debitor care va recunoaște o creanță deși, în realitate, creditorul nu are împotriva lui nici o creanță, iar debitorul are disponibilități, să se deschidă procedura împotriva debitorului, scopul real al părților fiind, însă, acela de a obține astfel suspendarea executării din partea unui terț creditor cu privire la un anume bun al debitorului pe care acesta din urmă îl promisese primului creditor. În plus, rolul activ se exercită de către judecătorul sindic pentru aflarea adevărului în cauză, iar în acest scop trebuie administrate probele necesare, cum ar fi extrasele de cont pentru dovedirea situației disponibilităților bănești, actele contabile privind creanțele sau chiar expertizele contabile, în cazul în care complexitatea raporturile juridice dintre părți o cere. De altfel, cerința probării este proprie (neprobarea nu este proprie) și procedurii necontencioase iar principiul celerității nu poate justifica o abatere de la calitatea activității jurisdicționale. Intenția legiuitorului poate fi în sensul reducerii unor drepturi ale debitorului, dar acesta nu putea să prevadă deschiderea procedurii fără probațiunea corespunzătoare, doar în baza unei recunoașteri, fără a se proba ceea ce se pretinde a fi recunoscut.

*

Nu se poate avea în vedere formularea unei întâmpinări la contestația debitorului, deoarece reglementarea specială a procedurii insolvenței prevede doar o cerere introductivă a creditorului (în care se pretinde) și contestația debitorului (apărările acestuia, întâmpinarea la cererea introductivă). Dacă s-ar considera posibilă întâmpinarea la contestație, implicând cerința comunicării acesteia, ar însemna că relativ la apărările debitorului intervin și apărări (și nu doar cu un rol de

simplu răspuns la întâmpinare) ale creditorului, ceea ce ar fi nu numai hilar, dar și redundant și, mai ales, ar fi contrar principiului celerității derulării procedurii. Dacă se formulează, totuși, o cerere denumită „întâmpinare”, aceasta nu va avea altă valoare procedurală decât aceea a unor concluzii scrise. Formularea contestației nu transformă creditorul în intimat, pentru că o contestație nu poate fi asimilată unei cereri reconvenționale, unei cereri de intervenție în interes propriu sau unei căi de atac. În procedură creditorul și debitorul își păstrează calitățile procesuale respective, fără confuzionarea pozițiilor lor.

Aceeași situație intervine și în alte cazuri, cum ar fi contestațiile la tabelul preliminar. În urma procedurii de verificare a creanțelor, prin care practicianul în insolvență stabilește creanțele, partea interesată poate formula contestație, față de care practicianul în insolvență nu trebuie să mai depună întâmpinare, pentru că a arătat deja ceea ce susține atât prin tabelul preliminar în sine, cât mai ales prin înscrisul constatând verificarea creanțelor declarate. Acest înscris are legătură directă cu tabelul preliminar din moment ce verificarea creanțelor constituie un act de procedură expres prevăzut de lege, ca atribuție a practicianului, astfel că îndeplinirea lui trebuie să își găsească o reflectare materială la dosarul cauzei.

*

Legiuitorul a introdus o reglementare nouă în cuprinsul Legii nr. 85/2006, constând în prevederea expresă în sensul că debitorul, primind cererea creditorului trebuie fie să conteste, fie să recunoască starea de insolvență, iar dacă contestă și îi va fi respinsă contestația, pierde dreptul de a solicita reorganizarea judiciară. Dacă ulterior, în recurs, debitorul obține modificarea hotărârii în sensul admiterii contestației, nu mai subzistă nici decăderea din dreptul de a cere reorganizarea judiciară. După cum am mai arătat în cuprinsul lucrării, această dispoziție se înscrie în tendința accentuată a legiuitorului actual de a limita posibilitatea debitorului de a accede la reorganizarea judiciară.

2.3. Cauțiunea [art. 33 alin. (2)]

Potrivit art. 33 alin. (3) din Legea nr. 85/2006, la cererea debitorului, judecătorul sindic îi poate obliga pe creditorii care au introdus cererea

să consemneze, în termen de 15 zile, la o bancă, o cauțiune de cel mult 10% din valoarea creanțelor. Cauțiunea va fi restituită creditorilor, dacă cererea lor va fi admisă. Dacă cererea va fi respinsă, cauțiunea va fi folosită pentru a acoperi pagubele suferite de debitor. Dacă nu se consemnează în termen cauțiunea, cererea introductivă va fi respinsă.

Cauțiunea este prevăzută pentru a se preveni, prin povara plății acesteia, abuzul creditorilor în sensul formulării unor cereri lipsite de temei împotriva debitorului, ca mijloc de presiune asupra acestuia, pentru a se obține de către creditor plata cu prioritate a creanțelor.

Cuantumul cauțiunii nu poate depăși 10% din valoarea creanțelor invocate prin cererea introductivă. Dispoziția este expresă sub acest aspect, astfel că nu este cazul să se aplice în completare dispozițiile art. 723 alin. (2) C. proc. civ.

Aparent, cererea debitorului de obligare a creditorilor la plata unei cauțiuni nu ar trebui motivată, dar formularea „poate” din textul de lege nu exprimă caracterul facultativ pentru judecător, ci *imperium*, puterea de a dispune, context în care textul trebuie citit în sensul că judecătorul poate să dispună consemnarea cauțiunii dacă i se dau (are) motive.

Ținând cont de scopul pentru care s-a instituit consemnarea cauțiunii, rezultă că motivele pot fi de natura celor din care rezultă posibila găsimă în viitor a cererii creditorului ca neîntemeiată, anticiparea relei credințe și a abuzului în formularea cererii. Judecătorul trebuie să aprecieze asupra aspectelor respective fără să se antepună în cauză. La motivele arătate se mai adaugă posibilitatea ca debitorul să sufere un prejudiciu din cauza cererii nejustificate a creditorilor.

Dat fiind că suma consemnată cu titlu de cauțiune poate fi substanțială, în contextul în care creditorul este deja în situația de a nu avea o creanță recuperată iar o cauțiune substanțială poate crea greutăți creditorului prin indisponibilizarea sumei consemnate, se impune ca stabilirea cuantumului cauțiunii să nu se îndrepte neapărat spre maximul legal. Judecătorul sindic va aprecia în raport cu întinderea cauzei, riscurile anticipate etc.

Consemnarea cauțiunii se dispune numai ca urmare a formulării unei cereri în acest sens de către debitor, iar nu și din oficiu. În principiu, debitorul poate să formuleze cererea respectivă în tot cursul

judecății cererii introductive, fără să fie obligatoriu ca aceasta să fie inclusă în cuprinsul contestației.

Odată consemnarea dispusă, cauțiunea devine o condiție obligatorie de admisibilitate a cererii introductive a creditorului, astfel că în lipsa recipisei de consemnare, care trebuie să fie depusă la dosar în termen de 15 zile de la dispunerea măsurii de consemnare, cererea creditorului va fi respinsă. În această situație, lipsa consemnării cauțiunii nu poate fi acoperită în recurs, pentru a se obține casarea hotărârii și restituirea cauzei la tribunal, pentru reluarea judecății.

Legea prevede că în cazul admiterii cererii introductive a creditorilor, aceștia vor primi înapoi cauțiunea, iar în cazul respingerii, suma se utilizează pentru acoperirea pagubelor suferite de debitor din cauza cererii creditorilor. În ambele cazuri, se justifică aplicarea dispozițiilor art. 723¹ alin. (3) C. proc. civ., reținând compatibilitatea acestora în raport cu prevederile art. 149 din lege. În raport cu aceste dispoziții se poate stabili dacă cererea în despăgubiri este de competența judecătorului sindic, în cadrul procedurii insolvenței sau trebuie să constituie o acțiune de drept comun, de competența instanței de drept comun. Astfel, din textul art. 723¹ alin. (3) C. proc. civ. rezultă că doar cererea de restituire a cauțiunii trebuie formulată la instanța la dispoziția căreia s-a efectuat consemnarea; este normal să fie așa pentru că, în fapt, restituirea cauțiunii înseamnă restituirea originalului recipisei de consemnare, care a fost depusă la casa de valori a instanței. În schimb, cererea pentru plata despăgubirilor nu este prevăzută în acest text de lege, pentru a se putea aprecia că ar fi de competența instanței la dispoziția căreia s-a consemnat cauțiunea. Această cerere este de drept comun, în competența instanței de drept comun. Judecata cererii implică aplicarea regulilor răspunderii civile delictuale, precum și probarea concludentă a daunelor, care trebuie să fi fost o consecință directă a formulării cererii introductive. De asemenea, sub aspectul vinovăției, se va avea în vedere doar reaua credință, culpa gravă, abuzul iar nu și culpa ușoară.

La instanța la care s-a consemnat cauțiunea se depune doar dovada că s-a formulat cererea pentru plata despăgubirilor și dacă păgubitul reclamant va avea câștig de cauză în judecata cererii respective, va putea cere executarea mai întâi asupra sumei menționate în recipisa de consemnare. În legătură cu aspectul în discuție a se vedea în comple-

tare și secțiunea IV. 3.2. „Respingerea cererii introductive a creditorului și răspunderea acestuia pentru daune” din Cap. II.

Chiar dacă cererea creditorilor a fost respinsă, cauțiunea se restituie, totuși, acestuia dacă debitorul nu formulează cerere în daune.

§3. Citarea

Citarea în vederea judecării cererii introductive nu a privit întotdeauna și nu privește nici în prezent, în toate situațiile, atât creditorul cât și debitorul.

Sub imperiul Codului comercial, declararea falimentului putea interveni, la cererea creditorilor, chiar și fără a se cita debitorul, tribunalul nefiind obligat să-l citeze pe debitor dacă își forma convingerea pe baza actelor administrate sau a altor probe. Se considera, în principal, că citarea ar determina debitorul, mai ales pe cel de rea-credință, să încerce să tergiverseze judecata, pentru a face să dispară bunurile sale etc. Procedura păstra încă o nuanță punitivă, dar judecătorul sindic asigura respingerea unei cereri neîntemeiate.

În raport cu prevederile Legii nr. 64/1995 (cu excepția unei scurte perioade inițiale în care era posibilă și interpretarea în sensul că ar fi suficientă doar comunicarea cererii creditorului către debitor, fără a se și cita în mod obligatoriu acesta din urmă) și ale Legii nr. 85/2006 nu mai intră în discuție necitarea debitorului pentru judecata cererii creditorului, corespunzător dispozițiilor art. 85 C. proc. civ. Aceasta, în condițiile în care se apreciază că judecata respectivă este similară celei din dreptul comun, iar statutul judecătorului sindic este unul obișnuit, doar materia de drept având caracter special. De asemenea, comunicarea cererii introductive este intrinsecă citării, de regulă, deși se poate realiza și separat. Judecata cererii introductive a devenit similară judecării acțiunilor în dreptul comun, în unele opinii acceptându-se chiar și posibilitatea formulării în cadrul acesteia a unor cereri de intervenție, dar reclamă cu stringență celeritatea, în lipsa căreia scopul procedurii este deturnat în favoarea debitorului de rea-credință și în defavoarea creditorilor.

Pe de altă parte, în cazul ambelor legi menționate, în cazul cererii debitorului, soluționarea acesteia se face fără citarea creditorilor, acestora notificându-li-se deschiderea procedurii, cu dreptul de formulare a opoziției.

În baza art. 7 din Legea nr. 85/2006 citarea în vederea judecării cererii creditorului/contestației debitorului, se realizează potrivit dispozițiilor Codului de procedură civilă.

*

În practica unor tribunale se insistă în promovarea unei practici judiciare potrivit căreia în cazul în care la termenul de judecată a cererii introductive dovada de citare a debitorului la sediul acestuia, astfel cum este înregistrat la registrul comerțului, s-a restituit cu mențiunea sediului „necunoscut” (sau chiar „mutat”) se apreciază că dovada respectivă probează suficient aplicarea prevederilor art. 1 alin. (2) pct. 4 din Legea nr. 85/2006, cu consecința dispunerii deschiderii procedurii simplificate împotriva debitorului. Considerăm că aceasta este o practică greșită cel puțin sub un aspect. Astfel, fără a contesta valoarea de probă a dovezii de citare în sensul respectiv, deși mențiunile din cuprinsul acesteia fac dovada doar până la proba contrară, considerăm că ipoteza trebuie apreciată ca o problemă de citare în sine, trebuind să fie respectate prevederile legale care îi sunt aplicabile. În acest context, dispozițiile Legii nr. 85/2006 (art. 7 și urm.) prevăd că procedura de citare trebuie efectuată potrivit codului de procedură civilă, ceea ce înseamnă că în cazul restituirii dovezii de citare cu mențiunea arătată trebuie să se dispună amânarea judecării pentru a se efectua citarea nu numai la sediul cunoscut ci și prin mica publicitate (la ușa instanței sau printr-un ziar).

În același context se poate discuta și despre comunicarea către debitor a cererii introductive, mai ales în cazul în care aceasta se face aferent citației, cu mențiunea respectivă în cuprinsul citației.

Pe de altă parte, nu considerăm că în raport cu restituirea dovezii de citare cu mențiunea arătată, legiuitorul ar fi avut în vedere, eventual, citarea la adresa sucursalei, punctului de lucru etc. la care face referire codul de procedură civilă, dat fiind că, în raport cu art. 6 din lege, acestea pot fi în raza altui tribunal decât cel competent teritorial.

*

În practica judiciară, referitor la deschiderea procedurii ca urmare a cererii creditorului, s-a reținut nelegalitatea sentinței pronunțată în acest sens în Camera de consiliu.

S-a avut în vedere sub acest aspect că potrivit dispozițiilor art. 121 C. proc. civ., ședințele de judecată sunt publice, afară de cazul în care legea dispune altfel. În raport cu art. 149 din Legea nr. 85/2006, dispozițiile acestei legi se completează, în măsura compatibilității lor, printre altele și cu cele ale Codului de procedură civilă. Analiza, în ansamblu, a dispozițiilor legii menționate nu relevă, în general, motive în sensul incompatibilității aplicării dispozițiilor art. 121 C. proc. civ., ca regulă și în procedura specială în materie, referitor la hotărârile judecătorești. În particular, în cazul în care s-a dorit de către legiuitor derogarea de la regula caracterului public al ședințelor de judecată, s-au prevăzut în Legea nr. 85/2006 dispoziții în sensul judecării în Camera de consiliu. O astfel de dispoziție [art. 27 alin. (5)] privește judecarea cererii prin care debitorul a solicitat deschiderea procedurii și este de strictă aplicare. Prin urmare, în cazul cererii introductive a creditorului, hotărârea prin care s-a soluționat această cerere în Camera de consiliu este nelegală.

Secțiunea a 3-a Cerințele (condițiile) legale pentru deschiderea procedurii

Potrivit dispozițiilor Legii nr. 85/2006 deschiderea procedurii este condiționată în primul rând de existența unei creanțe certe, lichide și exigibile de mai mult de 30 de zile, în quantum mai mare decât valoarea prag stabilită de legiuitor. De esența insolvenței este însă insuficiența (sau lipsa) disponibilităților bănești necesare pentru acoperirea creanțelor existente împotriva debitorului, în raport cu aceasta legiuitorul instituind o prezumție cu caracter relativ, care poate fi răsturnată de către debitor printr-o probă contrară. Proba contrară vizează faptul că deși există creanța, care îndeplinește cerințele legale, debitorul deține disponibilitățile bănești necesare pentru acoperirea acesteia (dacă

sunt mai multe creanțe invocate în cererea introductivă, proba contrară trebuie să se refere la toate acestea), astfel că nu poate fi reținută starea de insolvență și, în consecință nu este cazul să se deschidă procedura, deoarece această măsură poate să intervină nu doar dacă există o creanță ci dacă există starea de insolvență, definită prin insuficiența disponibilităților bănești. În cazul în care debitorul are disponibilități, motivul pentru care acesta nu plătește creanța constituie un aspect distinct.

În principiu, creditorul are opțiunea urmăririi realizării creanței sale împotriva debitorului fie prin executarea silită în baza dreptului comun, fie prin procedura reglementată de Legea nr. 85/2006. Dacă nu există starea de insolvență a debitorului, creditorul va trebui să recurgă la executarea silită de drept comun.

Potrivit Legii nr. 85/2006, condițiile legale pentru deschiderea procedurii insolvenței sunt următoarele:

1. Debitorul să facă parte din domeniul de aplicare al Legii nr. 85/2006 (art. 1).
2. Creanța certă, lichidă și exigibilă de mai mult de 30 de zile de la scadență.
3. Valoarea prag.
4. Insuficiența disponibilităților bănești.

Condițiile menționate la nr. 1 și 4 de mai sus rezultă din cuprinsul art. 1 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, care face vorbire despre „categoriile de debitori aflați în stare de insolvență”. Condiția menționată la nr. 2 rezultă din art. 3 alin. (1) și (6) iar condiția de la nr. 3, rezultă din art. 3 alin. (12) din lege.

Este vorba de condiții exprimate generic. Sarcina probei în cazul condiției menționate la nr. 4 nu incumbă creditorului, care, dacă face dovada aspectelor la care se referă dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. a) din lege, beneficiază de o prezumție de insolvență vădită a debitorului, referitor la insuficiența disponibilităților bănești, revenind debitorului posibilitatea de a administra proba contrară, în sensul că are disponibilitățile bănești necesare.

În continuare se vor analiza separat fiecare dintre condițiile legale menționate anterior.

§1. Debitorul să facă parte din domeniul de aplicare a Legii nr. 85/2006

Condiția ca debitorul să facă parte dintre categoriile de debitori prevăzute de lege constituie o primă condiție de fond pentru aplicarea procedurii insolvenței.

În raport cu natura creanțelor, anterior, prin reglementarea din Codul comercial și forma inițială a Legii nr. 64/1995, procedura în materia insolvenței viza exclusiv creanțele comerciale și, în consecință, se aplica doar comercianților, ceea ce îndreptățește aprecierea că aceasta are un caracter profesional (numai comercianții erau chemați în faliment și numai de către creditorii comerciali). Neplata doar cu privire la o datorie de natură civilă nu putea atrage falimentul, dar o astfel de creanță putea fi avută în vedere ca indiciu suplimentar că există starea de insolvență. În contextul în care efectele activității economice au depășit domeniul comercianților, a apărut, mai întâi în economiile mai dezvoltate, necesitatea extinderii domeniului de aplicare al procedurii insolvenței și la necomercianți, inclusiv la persoane fizice. Aceasta a intervenit mai întâi pe calea unei percepții mai adecvate a incapacității de plată ca fiind o stare – insolvența - care se raportează practic la toate obligațiile din patrimoniul debitorului, în mod indivizibil, diferențierea, în cadrul unei astfel de stări, între datoriile civile și comerciale etc. nefiind nici justificată, nici necesară și nici utilă, în condițiile în care întreaga avere a debitorului formează gajul tuturor creditorilor. Prin urmare toate creanțele, indiferent de natura lor trebuie să fie chemate în procedură, putându-se cere deschiderea procedurii pentru orice creanță. Măsura în care se poate cere deschiderea procedurii indiferent de natura comercială, civilă, salarială etc. a creanței invocată împotriva debitorului constituie un aspect distinct față de domeniul de aplicare a procedurii insolvenței, dar aflat în relație cu acesta.

Ca o adaptare la acest curent și în dreptul intern, începând cu forma finală a Legii nr. 64/1995, reglementarea legală nu a mai distins în sensul deschiderii procedurii doar pentru creanțe de natură comercială ci și dacă acestea sunt civile, bugetare, salariale etc., iar în Legea nr. 85/2006 s-a preluat aceeași regulă. Menționarea în cuprinsul art. 1 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 85/2006 în forma inițială a termenului

„comercianți” nu avea drept scop o eventuală distincție în raport cu celelalte categorii de debitori și, oricum, prin Legea nr. 277/2009 a fost înlocuită cu termenul „debitori”, tocmai pentru că nu se justifică vreo diferență între debitori.

În Legea nr. 85/2006 nu s-a mai utilizat nici termenul de „datorii comerciale” ci doar termenul general de datorii (creanțe). Procedura insolvenței poate fi deschisă, de exemplu, chiar și numai pentru creanțe salariale.

Calitatea de comerciant, respectiv creanța comercială nu mai constituie o condiție de la sine înțeleasă, esențială, pentru deschiderea procedurii, cu distincțiile care se vor face, procedura aplicându-se nu numai comercianților ci și necomercianților. În cazul acestora din urmă, însă, în reglementarea internă a insolvenței nu este vorba de oricare necomerciant, procedura nefiind încă universală, ci doar de aceia care desfășoară activități economice sau se circumscriu unor asemenea activități, după cum rezultă din cuprinsul art. 1 din lege.

În acest sens trebuie avută în vedere definirea debitorului, realizată în concret prin dispozițiile art. 3 alin. (5) din Legea nr. 85/2006 modificată prin Legea nr. 277/2009, în sensul că acesta este persoana fizică sau juridică de drept privat, care face parte din una dintre categoriile prevăzute la art. 1 și care este în stare de insolvență. Prin urmare, categoriile de debitori cărora le este aplicabilă procedura insolvenței reglementată prin Legea nr. 85/2006, care constituie dreptul comun în materia insolvenței, adică domeniul de aplicare al procedurii insolvenței, se regăsesc în enumerarea prevăzută de dispozițiile art. 1 din această lege, care prezintă și distincțiile în funcție de care unora dintre categoriile de debitori le este aplicabilă procedura generală, iar altora procedura specială. Într-o altă lucrare, „Procedura insolvenței. Partea generală”, am făcut referire la categoriile propriu-zise de debitori, nemaijustificându-se reiterarea lor și în contextul lucrării de față.

În concluzie, debitori în procedura insolvenței reglementată prin Legea nr. 85/2006, pot fi îndeosebi comercianții, inclusiv persoanele fizice care au calitate de comercianți acționând individual sau în întreprinderi familiale, dar pot fi și necomercianții, dar numai în măsura în care sunt prevăzuți în cuprinsul art. 1 alin. (1) pct. 6 – dacă desfășoară activități economice. Legiuitorul nu mai distinge cu privire la natura

creanței pentru care se poate cere deschiderea procedurii, deci aceasta se poate cere pentru creanțe de orice natură, ceea ce înseamnă că pot cere deschiderea procedurii nu numai comercianții, ci orice alți titulari de creanțe inclusiv cei care nu desfășoară activități economice.

În raport cu reglementarea actuală, nu se poate reține că procedura insolvenței ar fi devenit universală, în sensul de a fi aplicabilă tuturor subiectelor de drept, comercianți sau necomercianți. Astfel, nu pot avea calitate de debitor în procedura insolvenței decât persoanele de drept privat iar nu și de drept public. Potrivit art. 151 din lege regile autonome vor putea fi supuse procedurii insolvenței doar în baza unei legii speciale, a cărei edictare este amânată în mod expres încă din 1995. Nici alte categorii de subiecte de drept nu pot fi vizate ca obiect al procedurii insolvenței. Astfel, în raport cu art. 1 alin. (1) pct. 6 rezultă, *per a contrario*, că procedura insolvenței nu se aplică altor persoane juridice de drept privat care nu desfășoară și activități economice, iar din cuprinsul art. 1 alin. (2) lit. a) și b) rezultă că nu sunt vizate de procedură persoanele fizice obișnuite, care nu sunt comercianți acționând individual sau făcând parte din întreprinderi familiale. Posibilitatea deschiderii procedurii insolvenței și împotriva persoanelor fizice obișnuite, la care nu se referă art. 1 din Legea nr. 85/2006, poate fi asigurată ușor din punct de vedere legislativ, dar oportunitatea adoptării unei astfel de măsuri constituie un aspect deosebit de complex. Dincolo de multiple alte aspecte socio-economice, posibilitatea deschiderii procedurii insolvenței și împotriva persoanelor fizice obișnuite poate fi adecvată doar în cazul existenței, în plan intern, a unei creșteri economice, reală și stabilă. În general, persoana fizică intră în faliment din cauză că nu mai poate restitui creditele angajate, îndeosebi de la bănci. În perioade de criză financiară, economică scad nu numai veniturile persoanelor fizice dar și disponibilitățile bănești la nivel național, precum și activitățile care pot genera venituri. În astfel de situații, de regulă, singurul scop cert al deschiderii procedurii împotriva persoanelor fizice este acela al stingerii obligației de plată a acestora față de creditori, fără recuperarea creanței respective, urmare a unei decizii legislative mai mult de natură socio-politică. În cazul în care gradul de îndatorare al persoanelor fizice a atins un maxim posibil, sub aspectul numărului persoanelor și sumelor împrumutate, stingerea obligației de plată a acestora ca beneficiu al

procedurii insolvenței poate determina pierderi imense băncilor, în măsură să le amenințe stabilitatea și să determine chiar intrarea acestora în faliment, cu consecințe nefaste care se vor răsfrânge asupra întregii economii și, în primul rând, asupra deponenților la băncile respective.

În alte țări, tendința spre universalitatea procedurii este mai avansată, aplicându-se procedura începând cu relativ mult timp în urmă și persoanelor fizice obișnuite, de exemplu pentru un credit bancar nerestituit. Aceasta nu trebuie să surprindă, pentru că se înscrie în evoluția istorică a instituției falimentului. În acest din urmă sens încă din antichitate procedura are deschidere nu numai pentru comercianți ci și pentru simplii cetățeni, ordinea publică având în vedere ambele categorii de debitori în egală măsură. Creditorii trebuie protejați la fel atât față de debitorul comerciant cât și față de cel necomerciant, cu atât mai mult cu cât activitățile persoanelor fizice obișnuite pot fi uneori cel puțin la fel de extinse ca și cele ale comercianților, nu se justifică consecințe diferite ale incapacității de plată în funcție de calitatea de comerciant sau necomerciant a debitorului și nici între creditori nu se face această diferențiere.

1.1. Societatea comercială dizolvată

Deschiderea procedurii poate interveni și în cazul societății comerciale debitoare cu privire la care s-a dispus dizolvarea, cu consecința începerii lichidării patrimoniului, potrivit Legii nr. 31/1990 (art. 270¹-270²), la cererea lichidatorului voluntar sau a creditorilor. Aceasta nu se dispune, însă, în mod automat, ci în acest scop trebuie să se dovedească și efectivă stare de insolvență a debitorului respectiv.

În acest din urmă sens, în practica judecătorească (a se vedea, de exemplu, Decizia comercială nr. 1404 R din 04.10.2007 a Curții de Apel București (C.A.B.) – Secția a VI-a Comercială) s-a reținut că dispozițiile art. 270 indice 1 și 2 din Legea nr. 31/1990 prevăd posibilitatea formulării cererii de deschidere a procedurii simplificate a insolvenței reglementată prin Legea nr. 85/2006 pentru debitorul cu privire la care s-a dispus dizolvarea, aflat în procedura de lichidare în baza Legii nr. 31/1990. În raport cu dispozițiile art. 27 alin. (1) din Legea nr. 85/2006

debitorul aflat în stare de insolvență este obligat să adreseze tribunalului o cerere de deschidere a procedurii insolvenței. Spre deosebire de lichidarea în temeiul Legii nr. 31/1990, de esența procedurii prevăzute de Legea nr. 85/2006 este, însă, aflarea debitorului în stare de insolvență, astfel cum este definită aceasta prin art. 3 alin. (1) din această din urmă lege, nefiind suficient că referitor la debitor s-a dispus dizolvarea. De altfel, chiar în cuprinsul art. 270 indice 1 și 2 din Legea nr. 31/1990 se face vorbire expresă despre condiția existenței stării de insolvență, care trebuie dovedită în sine, potrivit dispozițiilor legale. Mai mult, societatea dizolvată care solicită deschiderea procedurii insolvenței nu este scutită de la probarea niciuneia dintre cerințele specifice prevăzute legal în acest scop pentru cazul cererii introduse de debitor.

Prin urmare, dizolvarea, intrarea în lichidare nu exceptează societatea debitoare de la deschiderea procedurii insolvenței. Dispozițiile art. 1 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 85/2006 prevăd expres că procedura simplificată se aplică societăților comerciale dizolvate anterior formulării cererii introductive.

Dispozițiile legale menționate nu au în vedere și ipoteza în care dizolvarea societății debitoare poate interveni, în fapt și în paralel cu procedura, în baza altor dispoziții legale decât acelea cuprinse în Legea nr. 85/2006 (dizolvarea intrinsecă procedurii) și după depunerea cererii introductive, de exemplu în perioada dintre depunerea cererii introductive și momentul judecării acesteia sau dintre momentul deschiderii procedurii generale până la data trecerii la faliment. Legiuitorul nu oferă în cuprinsul legii speciale prevederi exprese referitor la astfel de cazuri, dar soluția care se impune rezultă din interpretarea dispozițiilor existente. În perioada dintre depunerea cererii introductive de către creditor și judecata acesteia, debitorul poate ajunge, în paralel, la dizolvarea voluntară sau dizolvarea se poate dispune ca urmare a autosesizării oficiului registrului comerțului, sau a sesizării de către acesta a unei instanțe, pentru motive specifice. În raport cu intervenirea dizolvării în această perioadă, nimic nu oprește judecătorul sindic, la momentul judecării cererii introductive, să rețină dizolvarea debitoare și să deschidă procedura simplificată.

În principiu, nu ar trebui ca dizolvarea să poată fi dispusă legal în afara procedurii în perioada dintre deschiderea procedurii generale și

trecerea la faliment. O eventuală hotărâre în acest sens este supusă atacului în primul rând pentru motivul pronunțării fără legala citare a debitorului prin administratorul judiciar. În cazul în care nu mai există posibilitatea formulării unei căi de atac, în condițiile aplicării prevederilor art. 54 și 59 din Legea nr. 85/2006 se va reține intervenirea dizolvării debitorului ca motiv legal pentru a se dispune trecerea la faliment a acestuia.

În raport cu aflarea în faza lichidării potrivit Legii nr. 31/1990 a societății comerciale debitoare cu privire la care s-a dispus dizolvarea, în doctrina juridică s-a susținut că aceasta încă există din punct de vedere juridic, se poate afla în stare de insolvență și, prin urmare, poate constitui obiectul procedurii insolvenței. Au fost exprimate și opinii în sensul că față de un astfel de debitor poate fi aplicată procedura cât timp nu s-a distribuit activul între asociați, iar nu și după aceasta, în continuare, până la radierea efectivă. Aceasta deoarece finalizarea distribuirii activului înseamnă că lichidarea s-a încheiat, iar societatea comercială debitoare nu mai există efectiv, în condițiile în care nu mai există patrimoniul și capacitatea juridică se menține pe perioada lichidării numai pentru operațiunile legate de aceasta. În fapt, societatea nu ar mai putea „reînvia” pentru a putea constitui obiectul procedurii insolvenței, iar radierea constituie, oricum, doar un aspect formal, nu obiectiv, care poate interveni și mai târziu.

Or, astfel de aprecieri nu se justifică. Dizolvarea implică și lichidarea ulterioară, până la momentul radierii. În practica judiciară s-a mai reținut că doar cererea formulată împotriva unei societăți comerciale deja radiată din registrul comerțului nu este admisibilă, anterior acestei operațiuni societatea aflându-se tot în dizolvare, chiar dacă s-a finalizat în fapt lichidarea patrimoniului.

S-a avut în vedere sub acest aspect că procedura prevăzută de Legea nr. 85/2006 nu se poate derula împotriva unei societăți comerciale care a fost radiată din registrul comerțului, nemaiputându-se considera, în această situație, că societatea respectivă ar mai avea personalitate juridică, ar mai exista în sine.

Cu titlu de excepție, în cazul în care societatea debitoare a fost dizolvată de drept și, în consecință, radiată din Registrul comerțului în baza Legii nr. 314/2001 astfel cum a fost modificată prin Legea

nr. 482/2002, radierea este nulă de drept potrivit art. 5 alin. (4) din legea respectivă, dacă societatea respectivă are, de exemplu, datorii la bugetul de stat. Prin urmare, împotriva societății comerciale aflată în situația menționată se poate dispune deschiderea procedurii prevăzută de Legea nr. 85/2006.

§2. Creanța certă, lichidă și exigibilă de mai mult de 30 de zile

2.1. Caracterul cert, lichid și exigibil al creanței

În formularea integrală, incluzând și exigibilitatea de mai mult de 30 de zile, această condiție vizează doar cererea creditorului. În cazul cererii debitorului nu se include în condiție și termenul de 30 de zile, iar în cazul insolvenței iminente chiar aspectul exigibilității ține de viitor, iar nu de prezent.

Insolvența apare ca urmare a neplății datoriilor la momentul scadenței.

În raport cu prevederile art. 3 alin. (1) și (6) din Legea nr. 85/2006, creanța pentru care se poate cere deschiderea procedurii trebuie să fie certă, lichidă și exigibilă de mai mult de 30 de zile. Legea nu condiționează aplicarea procedurii de natura creanței, izvorul sau cauza acesteia.

Analiza teoretică a acestor caractere ale creanței este, în general, aceea proprie dreptului comun, îndeobște cunoscută, lucrarea de față urmând să se rezume doar la menționarea câtorva aspecte specifice.

Caracterul cert

Debitul este cert dacă existența lui este neîndoielnică.

În cazul în care creanța este prescrisă nu mai avem de a face cu o creanță certă.

Pentru o datorie care nu este certă se poate refuza plata, ca o apărare de fond, iar nu din cauza insolvenței.

Dovada caracterului cert se poate face prin titlu executorii (de exemplu o hotărâre judecătorească, un bilet la ordin investit cu formulă

executorie, un titlu executoriu emis de organele fiscale), înscrisuri sub semnătură privată (contracte, facturi fiscale acceptate de debitor etc.).

Caracterul lichid

Lichiditatea intervine atunci când quantumul debitului este determinat, cum este cazul sumelor de bani, sau determinabil.

Datoriile care nu au ca obiect plata unor sume de bani, cum ar fi executarea unei obligații de *a face* sau *a nu face*, de *a da* un bun individual determinat, care nu au fost determinate în convențiile părților sau pe cale judiciară nu au caracter lichid și, prin urmare, nu pot fi vizate prin procedura insolvenței ci prin executarea silită conform dreptului comun.

Caracterul exigibil

Suma datorată trebuie plătită nici mai devreme nici mai târziu decât la scadență.

Debitul este exigibil dacă a ajuns la scadență, putându-se emite pretenții asupra lui, în sensul de a se cere imediat executarea silită. Aceasta, în cazul insolvenței prezumate ca fiind vădită.

În cazul insolvenței iminente, debitorul este practic lipsit de termenul suspensiv al plății sau de termenul de 30 de zile prevăzut de art. 3 pct. 1 lit. a) din lege.

Prin excepție, caracterul exigibil nu intervine și în cazul insolvenței iminente; în raport cu aceasta se deschide procedura dacă se probează că ulterior, la scadență, creanța nu va putea fi plătită cu disponibilitățile care vor exista la acel moment.

Neplata la termen a unei creanțe prejudiciază creditorul și astfel se poate constata faptul material al încetării plăților.

2.2. Excepție de la caracterul colectiv al procedurii

Înțelesul caracterului colectiv al procedurii insolvenței implică, la prima vedere, o pluralitate a creditorilor în raport cu deschiderea și

derularea efectivă a acestei proceduri. În acest context s-a ridicat problema măsurii în care poate fi deschisă și derulată procedura doar pentru un creditor.

În Legea nr. 64/1995 nu exista un text explicit, cum este art. 3 alin. (1) lit. a) și alin. (8) din Legea nr. 85/2006 referitor la numărul creanțelor/creditorilor în raport cu care se poate derula procedura insolvenței. Față de reglementarea expresă existentă sub acest aspect și în Legea nr. 64/1995, ca și în legea actuală, cererea introductivă putea fi formulată și de către un singur creditor (cazul obișnuit, de regulă) dar în lipsa unei formulări explicite, în doctrină s-a pus problema dacă după deschiderea procedurii se poate accepta continuarea procedurii cu un singur creditor, dat fiind caracterul colectiv recunoscut al acesteia. În practică, în majoritatea cauzelor procedura deschisă a fost continuată și cu un singur creditor. Sub reglementarea actuală, în raport cu prevederile art. 3 alin. (1) lit. a) nu pot exista dubii asupra faptului că și dacă este vorba de un singur creditor, dacă sunt îndeplinite condițiile legale, în raport doar cu creditorul respectiv se justifică nu numai deschiderea procedurii dar și continuarea ei.

Aceasta deoarece insolvența este o stare patrimonială ce se manifestă prin neputința de plată, putându-se deschide procedura ori de câte ori se constată această stare, indiferent de numărul creditorilor. De altfel, numărul total al creditorilor se poate cunoaște numai după verificarea creanțelor, ulterior deschiderii procedurii, iar creditorul nu poate fi lipsit de o procedura pe care a contat la data acordării creditului (care îl avantajează, de exemplu, în ceea ce privește acțiunile în anulare prevăzute de art. 79-90 din lege). Chiar dacă există doar un creditor, dacă insolvența se manifestă trebuie deschisă procedura, pentru că altfel debitorul ar avea posibilitatea să aranjeze cu creditorii care au împotriva lui creanțe mai mici, plătindu-i pe aceștia, să îl lase neplătit pe creditorul majoritar, fără a se mai teme de posibilitatea deschiderii procedurii insolvenței. Caracterul colectiv este de natura iar nu de esența procedurii insolvenței. Utilizarea, în reglementarea legală a unor formulări la plural în legătură cu încetarea plăților, cu creditorii, nu are practic alt sens.

Debitorul sau creditorul pot cere deschiderea procedurii și este justificată continuarea acesteia fie și în raport cu existența unui singur

creditor (unei singure creanțe), nefiind nici un impediment în a se reține de către tribunal faptul că și o singură creanță indică încetarea plăților, starea de insolvență. Totuși și în prezent se mai exprimă opinia că într-o astfel de ipoteză nu s-ar respecta caracterul colectiv al procedurii, din moment ce este vorba de un singur creditor. Or, nu în funcție de unul dintre caracterele procedurii, ci de condițiile prevăzute de lege în acest sens aceasta se deschide sau nu, măsura în care sunt îndeplinite cerințele legale putându-se aprecia și în cazul unei singure creanțe. Caracterul colectiv există efectiv, desigur, în măsura în care în procedură sunt doi sau mai mulți creditori, dar și în cazul unui singur creditor legea nu interzice ci prevede expres, după cum s-a arătat, posibilitatea deschiderii procedurii și implicit derularea ei. Aceasta înseamnă că legiuitorul a avut în vedere, ca regulă, caracterul colectiv fără a omite excepția referitoare la un singur creditor.

2.3. Creanța anterioară deschiderii procedurii

Potrivit legii, prin cererea introductivă formulată creditorul (ca, de altfel și debitorul, mai puțin în cazul insolvenței iminente) are în vedere creanțe anterioare cererii introductive, pentru care momentul scadenței, al exigibilității a intervenit deja cu mai mult de 30 de zile înaintea datei cererii introductive, conform art. 3 pct. 6 din Legea nr. 85/2006. Termenul de 30 de zile se regăsește și în definiția insolvenței prezumate ca fiind vădită, la care se referă art. 3 pct. 1 lit. a) din lege. Prin urmare, se poate spune că este vorba de creanțe anterioare formulării cererii introductive.

Pe de altă parte, judecătorul sindic apreciază efectiv asupra insolvenței debitorului în ceea ce privește creanțele anterioare cererii introductive printr-o analiză care intervine la o dată ulterioară, aceea a judecării cererii introductive. Între data formulării cererii introductive și data judecării acesteia poate să treacă o perioadă relativ lungă de timp, în care între creditor și debitor, în calitate de cocontractanți, pot să continue raporturile comerciale. Desigur, este cel puțin discutabil de ce creditorul, deși acuză debitorul că se află în stare de insolvență și nu are cu ce plăti, continuă să îi acorde acestuia credit, încredere, livrându-i în

continuare mărfuri. Trebuie avut însă în vedere că atitudinea creditorului va fi dictată de interesul său economic raportat la executarea contractului încheiat cu debitorul inclusiv, dacă va fi cazul, în cadrul procedurii deschise împotriva acestuia. Oricum, în perioada respectivă pot apare astfel noi creanțe ale creditorului titular al cererii introductive împotriva debitorului. Măsura în care aceste creanțe ulterioare datei cererii pot avea un efect propriu asupra deschiderii procedurii depinde de măsura în care în raport cu momentul judecării cererii vor fi îndeplinite cerințele prevăzute de art. 3 alin. 6 atât de creanțele anterioare cât și de cele ulterioare cererii introductive.

Dacă creanțele anterioare vor îndeplini cerințele legale, procedura se poate deschide și doar în raport cu aceste creanțe, nemaiaivând relevanță că nu sunt îndeplinite cerințele de către creanțele ulterioare, iar dacă sunt îndeplinite cerințele și de acestea din urmă, se poate completa cererea introductivă referitor la creanță fie înainte fie după deschiderea procedurii, în termenul legal.

Dacă atât creanțele anterioare cât și cele ulterioare cererii se dovedesc a nu îndeplini cerințele legale, cererea introductivă va fi, bineînțeles, respinsă. Dacă se va dovedi că cerințele nu sunt îndeplinite de creanțele anterioare dar sunt îndeplinite de creanțele ulterioare, dacă nu s-a formulat o cerere completatoare, acestea din urmă nu vor putea determina deschiderea procedurii, în acest scop trebuind să fie formulată o cerere introductivă. Față de creanțele apărute ulterior cererii introductive, această cerere este prematură în raport cu art. 3 pct. 6, deoarece trebuie să fie ulterioară cu cel puțin 30 de zile scadenței iar nu anterioară chiar și momentului nașterii creanțelor. Lipsa acestei cerințe legale nici nu se poate „acoperi” prin trecerea timpului până la judecata cererii, deoarece într-o astfel de ipoteză ar fi vorba de insolvență iminentă; or, cererea introductivă este anterioară și nu prevede creanțele respective. Mai mult, în cazul cererii introductive a creditorului, potrivit art. 31 alin. (1), acesta poate face cerere doar pentru insolvență prezumată ca vădită, practic insolvența actuală, iar nu și pentru insolvența iminentă, a cărei invocare este posibilă doar în cazul cererii introductive a debitorului.

Cu alte cuvinte, judecătorul sindic apreciază asupra insolvenței la data judecării cererii introductive, dar raportând insuficiența disponi-

bilităților la condițiile cerute pentru creanță dintre care unele sunt prevăzute în raport cu momentul cererii introductive și în raport cu acest moment trebuie analizată măsura în care sunt îndeplinite.

În urma deschiderii procedurii, vor fi considerate creanțe anterioare acestei măsuri toate creanțele care au caracter cert, lichid și exigibil în raport cu data deschiderii, inclusiv eventualele accesorii, calculate până la această dată. Aceste creanțe vor constitui obiectul declarațiilor de creanță, al procedurii de verificare și contestare a creanțelor, fiind menționate în tabelul preliminar și definitiv al obligațiilor debitorului. Creanțele născute în timpul procedurii sunt supuse plăților curente și doar în cazul trecerii la faliment în procedura generală vor fi menționate în tabelul suplimentar și cel definitiv consolidat.

2.4. Proba creanței

Proba caracterului cert, lichid și exigibil de mai mult de 30 de zile al creanței revine creditorului, în cazul cererii introductive a acestuia [art. 31 alin. (2)] sau debitorului, în cazul în care cererea introductivă îi aparține. Debitorul va trebui să probeze și lipsa corelativă a disponibilităților bănești, în raport cu evidențele contabile obligatorii. Legea nr. 85/2006 nu indică expres mijloacele de probă, sub acest aspect fiind însă aplicabile dispozițiile art. 149 din lege, în sensul că vor fi avute în vedere mijloacele de probă prevăzute de dreptul comun: înscrisuri, expertize etc. Este de reținut că probele în proces sunt prevăzute în Codul civil, inclusiv mărturisirea, neprevederea lor în mod integral și în Codul de procedură civilă constituind o anomalie.

Dovada privind creanța nu trebuie să fie în mod obligatoriu un titlu executoriu, ci, în principiu, orice mijloc de probă, după cum s-a mai arătat.

De cele mai multe ori raporturile juridice referitoare la condițiile prevăzute de lege pentru creanță în vederea deschiderii procedurii nu sunt atât de complexe încât să nu poată fi dovedite prin înscrisuri. În mod frecvent, însă, complexitatea raporturilor în discuție face, dacă nu obligatorie, cel puțin necesară expertiza contabilă. O astfel de probă este pertinentă și poate fi concludentă și utilă, de exemplu atunci când e

vorba de un număr mare de facturi ordine de plată etc. Dacă este necesară, proba cu expertiză trebuie administrată iar nu respinsă pe motivul că nu ar fi utilă în faza judecării cererii introductive ci doar ulterior, în etapa procedurală a verificării creanțelor și întocmirii tabelului de creanțe de către practicianul în insolvență. Proba cu expertiză nu poate fi apreciată ca inadmisibilă în etapa deschiderii procedurii.

Sunt necesare unele diferențieri sub acest aspectul probării elementelor pentru deschiderea procedurii. Judecata cererii introductive, asupra deschiderii procedurii vizează în primul rând insuficiența disponibilităților bănești, care se raportează, evident, la debitele (creanțele) existente. Dacă creditorul invocă o creanță de un anume quantum, condițiile legale privind creanța sunt îndeplinite și se poate deschide procedura chiar dacă se face dovada în acest sens doar referitor la o parte din creanță, dar minim valoarea-prag. Insuficiența disponibilităților bănești este prezumată în cazul cererii creditorului, ceea ce înseamnă că debitorul trebuie să facă dovada contrară că are disponibilități cel puțin pentru acea parte din creanță. Deci în această fază procedurală chiar dacă creanța invocată e mai mare decât valoarea prag, nu trebuie dovedită îndeplinirea condițiilor cu privire la întreaga creanță ci este suficient să se facă dovada pentru valoarea minimă a creanței cerută de lege pentru a se deschide procedura. Aceasta parte din creanță se poate dovedi, de regulă și pe baza unui înscris (factură etc.), caz în care expertiza nu va fi necesară în această etapă ci, eventual, în faza de verificare a creanțelor și a contestațiilor la creanțe, când este obligatorie stabilirea întregului quantum al creanței. Dar, dacă nu se poate face dovada concludentă, pertinentă și utilă în alt fel cu privire la acest minim al creanței, atunci în virtutea rolului activ trebuie încuviințată chiar și în faza judecării cererii introductive proba cu expertiză contabilă.

2.5. Refuzul de plată

Încetarea plăților în general, nu se confundă cu simpla neplată la scadență a uneia sau a mai multor creanțe. Insolvența este o stare a patrimoniului în timp ce neplata la scadență este un fapt și, astfel,

depinde de conduita debitorului. În fapt, neplata la scadență poate să fie o consecință a insolvenței dar să aibă și o cauză străină de aceasta, de exemplu atunci când un debitor are disponibilități bănești să plătească, dar refuză plata considerând că datorează mai puțin sau deloc.

În reglementarea actuală a procedurii insolvenței nu se mai au în vedere astfel de aspecte subiective legate de conduita debitorului.

În raport cu prevederile art. 3 alin (1) lit. a) din Legea nr. 85/2006 legiuitorul a recurs la aspecte obiective și prezumă starea de insolvență în cazul neplății debitului la termenul de scadență. Debitorul poate răsturna prezumția legală respectivă, administrând dovada în sens contrar, sub aspectul neîndeplinirea condițiilor legale pentru deschiderea procedurii și îndeosebi al existenței disponibilităților bănești, demers în cadrul căruia poate invoca desigur și refuzul de plată, dar relevante vor fi susținerile privind proba contrară, iar nu acest refuz.

Refuzul de plată a fost prevăzut în trecut, printr-o dispoziție expresă în cuprinsul Legii nr. 64/1995, în sensul că nu se considera încetare de plăți simplul refuz de plată în baza unor excepții pe care debitorul le socotea întemeiate cu bună-credință, refuzul putând fi opus constatării stării de insolvență. De asemenea, potrivit art. 696 C. comercial, refuzul de plată nu constituia o dovadă de încetare a plăților.

Dacă debitorul are disponibilitățile bănești necesare și, totodată refuză plata creanței, relevanță (prioritate) pentru respingerea cererii creditorului ca neîntemeiată o va avea existența disponibilităților, care atestă că nu există insolvență, iar nu refuzul de plată, care poate fi un motiv complementar în același sens. În mod obișnuit creditorul are posibilitatea executării debitorului în baza dreptului comun. Dacă debitorul dovedește că nu datorează nimic sau că datorează o creanță sub quantumul de 30.000 lei, lipsa disponibilităților nu are relevanță din moment ce lipsa nu poate fi raportată la o creanță, iar cererea creditorului se va respinge ca urmare a neîndeplinirii unei alte condiții legale prevăzute pentru deschiderea procedurii, aceea privind existența unei creanțe certe, lichide, exigibile de mai mult de 30 de zile.

§3. Valoarea prag a creanței

Potrivit dispozițiilor art. 3 pct. 12 din Legea nr. 85/2006 modificată prin Legea nr. 277/2009 privind aprobarea O.U.G. nr. 173/2008, valoarea prag reprezintă cuantumul minim al creanței necesar pentru a putea fi introdusă cererea creditorului, această valoare fiind de 30 000 lei iar pentru salariați, de 6 salarii medii pe economie. Anterior, în forma inițială a Legii nr. 85/2006 valoarea – prag era de 10 000 lei, legiuitorul având în vedere majorarea acesteia pentru ca, în condițiile crizei financiar-economice actuale, să se reducă numărul debitorilor pasibili de intrare în faliment.

În raport cu valoarea prag, în practica judiciară s-a apreciat că neîndeplinirea acestui prag atrage respingerea cererii introductive a creditorului, ca neîntemeiată, într-o opinie sau ca inadmisibilă, pe cale de excepție, într-o a doua opinie.

În cazul primei opinii valoarea prag este considerată drept o condiție, un element intrinsec fondului creanței, sub aspectul caracterului cert al acesteia, o valoare sub prag atrăgând netemeinicia cererii introductive, îndeosebi atunci când prin cererea introductivă s-a invocat o creanță mai mare decât pragul legal, dar în raport cu probele administrate se dovedește în cadrul judecății că valoarea creanței este sub prag, sau chiar inexistentă. Pentru a se reține inadmisibilitatea pe cale de excepție ar trebui să fie vorba de o condiție extrinsecă, ceea ce sub aspectul în discuție nu este cazul. În raport cu obiectul cererii, acela privind deschiderea procedurii ca urmare a insolvenței, care este apreciată prin lipsa disponibilităților în raport cu creanța invocată, nedovedirea unei creanțe peste valoarea prag ține tot de netemeinicia cererii. Cel mult ar putea fi vorba de o (condiție de) admisibilitate mai curând similară admisibilității din cazul ordonanței președințiale decât a inadmisibilității pe cale de excepție. Pe de altă parte, dacă prin cererea introductivă s-a invocat o creanță mai mică decât valoarea-prag, atunci se poate invoca inadmisibilitatea pe cale de excepție.

În a doua opinie, se consideră că nu trebuie să fie făcută vreo distincție între situația în care prin cererea introductivă se invocă o creanță peste valoarea prag, dar care se dovedește sub prag și situația în care se invocă prin cererea introductivă o creanță mai mică decât

valoarea prag. În raport cu formularea din art. 3 pct. 12, „pentru a putea fi introdusă cererea creditorului”, și în prima situație analiza probelor care indică un quantum sub prag trebuie raportată mai întâi tot la condiția prevăzută de dispozițiile menționate, constatându-se că valoarea este sub prag, ceea ce conduce la invocarea excepției inadmisibilității.

Prin urmare este vorba de o distincție de formă iar nu de conținut, soluția fiind aceeași, de respingere a cererii introductive. Cele două soluții au, însă, și consecințe procesuale diferite, de exemplu la soluționarea recursului, sub aspectul posibilității de aplicare a prevederilor art. 312 alin. (5) C. proc. civ., referitoare la casarea cu trimitere pentru rejudecare.

Înclinăm să reținem valabilitatea primei opinii, chiar dacă și a doua opinie se bucură de o bună argumentare. În acest sens avem în vedere, pe lângă cele menționate anterior, în primul rând că dispozițiile art. 3 pct. 12 stabilesc practic valoarea creanței peste care se poate formula cererea introductivă, acesta fiind și înțelesul obișnuit al utilizării termenului „prag”, vizând regula prin opoziția în sens contrar. Prin urmare, dacă prin cererea introductivă s-a invocat o creanță în valoare mai mică decât pragul legal, se poate reține, și pe cale de excepție, în baza textului expres legal, fără a mai trebui analizat vreun alt aspect, inadmisibilitatea cererii respective.

Dar, pe de altă parte, în cazul în care prin cererea introductivă se invocă o creanță egală sau mai mare decât pragul legal, este evident că nu se poate reține dintr-un început că ar fi aplicabile dispozițiile art. 3 pct. 12, ci trebuie să se treacă mai întâi la judecata specifică. Sub aspectul specific procedurii insolvenței, obiectul judecății cererii introductive nu se referă doar la analizarea creanței sub aspectul caracterului cert, lichid, exigibil sau al trecerii termenului de 30 de zile de la scadență ci, în principal, chiar la aprecierea măsurii în care există sau nu insolvența, prin raportarea disponibilităților bănești la creanța invocată, în funcție de care se deschide sau nu procedura. În acest context obiectul judecății privește în ansamblu temeinicia cererii, chiar dacă implică, printre altele și elementul în baza căruia se poate invoca și excepția.

*

În același mod, prin două opinii contrare, a fost apreciată în doctrina și practica judiciară și o altă situație similară celei anterioare, tot în legătură cu îndeplinirea condițiilor prevăzute legal referitor la creanțe.

Astfel, în cazul în care nu se face de către creditor dovada îndeplinirii celorlalte condiții prevăzute de lege cu privire la creanță (adică aceasta nu este certă, lichidă și exigibilă de mai mult de 30 de zile, deoarece a intervenit prescripția extinctivă, a fost stinsă etc.) s-a susținut, în raport cu prevederile art. 3 pct. 6 din lege, că debitorul poate contesta cererea introductivă a creditorului invocând fie excepția inadmisibilității, fie, mai curând, excepția lipsei calității (legitimității) procesuale active a creditorului, care nu ar fi îndreptățit să ceară deschiderea procedurii. Se susține astfel, referitor la lipsa calității procesuale active că dacă nu se dovedește caracterul cert și lichid al creanței, creditorul nu are calitatea de creditor îndreptățit să solicite deschiderea procedurii, cum prevede art. 3 pct. 6, astfel că judecătorul sindic va respinge cererea introductivă a creditorului pe cale de excepție, pentru lipsa calității procesuale active. La fel în cazul în care nu se dovedește caracterul exigibil de mai mult de 30 de zile al creanței, caz în care nu s-ar pune problema respingerii cererii introductive pentru motivul prematurității formulării acesteia, deoarece legea face distincție între creditorul îndreptățit și creditor (art. 3 pct. 6, respectiv, pct. 7) și neîndeplinirea oricărei condiții prevăzute legal se reflectă nu asupra fondului ci asupra calității procesuale.

Printr-o altă opinie, la care achiesăm, în ipotezele în discuție nu poate fi vorba despre excepția inadmisibilității, deoarece în mod evident nu este vorba întrutotul despre aceeași ipoteză ca în cazul prevăzut de art. 3 alin. (12). În plus, nu trebuie uitat că primordial pentru deschiderea procedurii este insuficiența/lipsa disponibilităților, iar practic, condițiile privind creanța sunt utile nu în sine ci doar în sensul că aprecierea insuficienței disponibilităților se face prin raportare la creanțele exigibile. Faptul că cererile introductive ale creditorilor sunt cele mai frecvente iar potrivit art. 3 alin. (1) lit. a) lipsa disponibilităților se prezumă dacă se dovedește creanța, creează aparența că dovedirea creanței este primordială, ceea ce în cazul cererii debitorului nu se întâmplă, în cazul acesteia fiind evident că se are în vedere în principal

insolvența înțeleasă în sens restrâns, ca insuficiență a disponibilităților. Din moment ce este vorba, la deschiderea procedurii nu numai despre creanță ci, în mod esențial despre insuficiența disponibilităților, analiza acesteia din urmă privește un aspect de fond și conduce la admiterea sau respingerea cererii pe fond, ca întemeiată sau nu, iar nu pe calea excepției de inadmisibilitate.

Ceea ce ar putea fi supus discuției este calitatea procesuală activă, în raport cu formulările din cuprinsul art. 31 alin. (1). Nu considerăm, însă, că prin formulările respective legiuitorul ar fi urmărit să prevadă posibilitatea invocării lipsei calității procesuale active. Reținem drept argumente în acest din urmă sens :

1. Dispozițiile art. 3 pct. 6 se regăsesc în cuprinsul Capitolului I „Dispoziții generale”, prin aceste dispoziții urmărindu-se în concret definirea, lămurirea unor termeni astfel cum sunt utilizați în cuprinsul legii, în capitolele următoare. Practic, atunci când un termen astfel definit este regăsit într-o formulare din cuprinsul legii trebuie să se procedeze, implicit la înlocuirea acestuia cu definiția lui din art. 3, altfel majoritatea dispozițiilor din capitolul I nu ar avea justificare. În ipoteza în discuție, înlocuind terminologia „creditor îndreptătit să ceară deschiderea procedurii” din formularea art. 31 alin. (1), cu definiția dată acestei terminologii în art. 3 pct. 6, textul art. 31 alin. (1) va trebui să fie citit astfel: „Orice creditor a cărui creanță împotriva patrimoniului debitorului este certă, lichidă și exigibilă de mai mult de 30 de zile, va putea introduce o cerere introductivă împotriva unui debitor prezumat în insolvență...”. Or, în raport cu acest conținut, se observă că în textul reglementării propriu-zise privind deschiderea procedurii nu mai avem de a face cu termenul „îndreptătit” (conform prescripțiilor din DEX, „îndreptătit” înseamnă „a avea dreptul, a fi autorizat să...” și este în măsură să deruteze) ci doar cu o formulare care implică numai aprecierea condițiilor ce trebuie îndeplinite de creanță ca aspecte de fond, nemaexistând nici o cauză pentru interpretarea în sensul aprecieri lipsei calității procesuale active. Oricum, conform DEX, „îndreptătit” mai înseamnă și „justificat”, ceea ce are altă conotație decât „a avea dreptul să...”, în sensul opiniei pe care o susținem. De fapt, legiuitorul a urmărit prin succesiunea dispozițiilor art. 3 pct. 6, 7, 8 redarea

regimului aplicabil creditorilor în stadiile succesive din derularea procedurii, iar nu stabilirea unei calități procesuale active.

De altfel, când a considerat necesar legiuitorul a prevăzut expres legitimarea procesuală activă [de exemplu, art. 85 alin. (5), art. 138].

2. În dreptul intern condițiile referitoare la o creanță sunt apreciate drept o problemă de fond, ceea ce exclude invocarea unei excepții.

3. Între insuficiența disponibilităților bănești și condițiile privind creanța există o strânsă legătură, care nu permite aprecierea uneia ca fond și a celorlalte ca excepție.

4. În cazul cererii debitorului insuficiența disponibilităților bănești este analizată tot prin raportare la creanțele neachitate, care trebuie să îndeplinească condiții prevăzute de art. 3 alin. (6), iar dacă nu se dovedește îndeplinirea condițiilor respective nu se respinge cererea debitorului ca inadmisibilă.

*

Potrivit dispozițiilor exprese din art. 3 pct. 12, valoarea prag a creanței este de 30 000 lei, prevederea în acest sens referindu-se doar la cererea creditorului. Pentru cererea introductivă a debitorului legea nu prevede o creanță prag, deci procedura se poate deschide la cererea debitorului fără a avea importanță cuantumul creanței, inclusiv pentru debite mai mici de 30 000 lei. Dar, dacă în cazul cererii debitorului creanța este derizorie, s-ar putea respinge această cerere? Teoretic nu, dar nu în primul rând pentru că scopul procedurii ar fi, pe lângă recuperarea creanțelor și interesul public al înlăturării din mediul de afaceri a debitorului ajuns în stare de insolvență, ci pentru că efectiv sunt îndeplinite condițiile prevăzute legal pentru deschiderea procedurii (lipsă disponibilități și existența unei creanțe), prin urmare debitorul este în insolvență și, deci, este obligatoriu ca, în aplicarea legii, să se dea curs procedurii. În doctrină s-a susținut și că debitorul nu va cere deschiderea procedurii insolvenței pentru o datorie inferioară valorii-prag, întrucât se așteaptă să-i fie respinsă cererea ca lipsită de seriozitate; or, aceasta constituie o apreciere pur subiectivă, fără valoare de argument.

§4. Insuficiența disponibilităților bănești

În raport cu cele arătate în capitolul „Insolvența”, condiția legală privind lipsa disponibilităților bănești are în vedere neacoperirea cu lichiditățile existente a valorii cumulate a datoriilor existente sau lipsa unor sume de bani de care debitorul să poată dispune imediat pentru plata debitelor. După cum am mai arătat, spre deosebire de legea franceză, unde în același scop se are în vedere activul disponibil, în Legea nr. 85/2006 se are în vedere în mod expres doar insuficiența disponibilităților bănești.

Trebuie subliniat faptul că lipsa/insuficiența disponibilităților se raportează nu numai la orice creanță din cuprinsul pasivului debitorului, ci mai mult, la orice parte din fiecare creanță, astfel că și dacă una sau mai multe dintre creanțele scadente ar putea fi acoperite prin disponibilități existente, dacă acestea din urmă nu acoperă în întregime creanțele existente împotriva debitorului (în raport cu cerere introductivă se are în vedere totalitatea creanțelor invocate prin aceasta) este vorba de starea de insolvență.

În raport cu înțelesul „disponibilității”, în ipoteza în care debitorul deține în conturi sume de bani suficiente pentru acoperirea creanțelor invocate prin cererea introductivă a creditorului, dar sumele respective sunt poprite, se va putea reține starea de insolvență și deschide procedura? Dacă sumele sunt poprite de o terță persoană, sumele respective nu pot fi considerate ca fiind disponibile, din moment ce sunt poprite pentru o creanță al căror titular este terța persoană. Dacă, însă, sunt poprite chiar în beneficiul creditorului care a formulat cererea introductivă, considerăm că aceste sume pot fi apreciate totuși ca disponibile pentru plata creanței din cererea respectivă, ba chiar se poate reține că cererea introductivă a fost formulată cu rea-credință, în sensul că creditorul nu urmărește în principal să-i fie plătită creanța, aceasta putându-se realiza ușor prin executarea de drept comun, ci dizolvarea debitorului sau punerea acestuia sub control pe baza unui plan (în vederea absorbirii, preluării etc.).

4.1. Proba insuficienței disponibilităților bănești

Insuficiența/lipsa disponibilităților bănești, ca situație obiectivă, internă a averii debitorului, poate rezulta în primul rând din înscrisurile prevăzute de art. 46 C. com., dar și din altele, potrivit dreptului comun. Cele mai utile mijloace de probă sunt extrasele de cont, expertiza contabilă.

În cazul extrasului de cont al debitorului, acesta trebuie să se refere atât la perioada aferentă formulării cererii introductive, cât și la perioada judecării acesteia, până la data pronunțării hotărârii asupra cererii respective, pentru a se proba în mod edificator dacă debitorul dispune de sume de bani egale, mai mari ori mai mici decât creanțele invocate împotriva lui prin cererea introductivă. Pentru a se reține existența stării de insolvență este obligatoriu ca lipsa disponibilităților să fie relevantă pentru data judecării cererii introductive (sau pentru data judecării recursului declarat împotriva hotărârii prin care s-a respins cererea introductivă, dacă recurentul solicită ca instanța de recurs să dispună deschiderea procedurii). Extrasele de cont redau, de regulă pentru fiecare zi, sub forma unor coloane, operațiunile și soldul final în ceea ce privește creditul (intrările de sume), respectiv debitul (ieșirile din cont). În cazul în care una/unele dintre operațiunile dintr-o zi indică o sumă mai mare decât creanța pretinsă debitorului, dar în final, după alte operațiuni, soldul creditor va indica o sumă mai mică decât creanța, nu se va putea reține existența disponibilităților necesare, plățile efectuate de către terți neavând relevanță.

În același sens, trebuie avut în vedere că soldul creditor poate fi poprit sau indisponibilizat într-un alt mod.

Extrasul de cont nu este însă singura probă posibilă. În plus, nu constituie nici o probă infailibilă pentru că poate reflecta în mod real existența sau nu a insolvenței doar dacă, așa cum s-a arătat, vizează o perioadă de timp relevantă.

În doctrină s-a apreciat că debitorul nu va trebui să facă dovada stării sale de insolvență atunci când cere deschiderea procedurii, reținându-se că prin cererea sa recunoaște starea de insolvență. Or, după cum se arată și la secțiunea privind analiza art. 28 alin. (2) din

Legea nr. 85/2006, din formularea art. 32 alin. (1), raportat la art. 27 din Legea nr. 85/2006 rezultă pe deplin incidența art. 1169 C. civ. în sensul că dacă afirmă starea de insolvență debitorul trebuie să o și probeze referitor la elementele de conținutul astfel cum sunt prevăzute de lege.

Altfel, nu se înțelege de ce ar mai trebui ca debitorul să depună la dosar seria de acte contabile prevăzute de art. 28 alin. (1), iar potrivit art. 28 alin. (2), abia nedepunerea informațiilor respective conduce nu la respingerea cererii ci la decăderea debitorului din dreptul de a mai depune un plan de reorganizare. În plus, în raport cu ce s-ar judeca eventuala opoziție a creditorilor asupra temeiniciei sau netemeiniciei deschiderii procedurii. Practic s-ar da cale liberă recurgerii în mod fraudulos la deschiderea procedurii de către debitorii, care sunt interesați de beneficiile acesteia (stoparea curgerii accesoriilor creanțelor, a acțiunilor împotriva debitorului, rata falimentară etc.).

De remarcat că în cazul insolvenței iminente se probează lipsa disponibilităților la o dată ulterioară cererii introductive și nici pentru această ipoteză nu se poate reține ca probă suficientă doar recunoașterea debitorului. În cazul insolvenței prezumate ca fiind vădite, creditorul titular al cererii introductive nu trebuie să facă decât dovada elementelor la care se referă art. 3 alin. (1) lit. a) și astfel beneficiază de prezumția în sensul că debitorul se află în insolvență vădită, adică îi lipsesc disponibilitățile bănești. Debitorul este acela care pentru a face proba contrară prezumției trebuie să facă dovada existenței disponibilităților bănești suficiente, la fel ca în cazul în care cererea introductivă îi aparține.

Secțiunea a 4-a. Hotărârea de deschidere a procedurii

§1. Aspecte generale

Atât decizia creditorului sau a debitorului care formulează cererea introductivă, cât și a tribunalului sesizat pentru deschiderea procedurii nu sunt ușor de luat, deoarece creditorul riscă să-i fie atrasă răspunderea de natură civilă delictuală dacă nu va dovedi că cererea sa introductivă

este întemeiată, fiindu-i respinsă, debitorul riscă intrarea într-o procedură în care șansele de reorganizare sunt mai reduse decât cele pentru faliment, iar judecătorul sindic este conștient că deschiderea procedurii înlătură alte posibilități de redresare a debitorului.

Aprecierile în sensul arătat au însă un grad ridicat de relativitate, deoarece în practică sunt ca și inexistente cazurile de atragere a răspunderii civile delictuale pentru creditori, în condițiile în care cererea introductivă este similară oricărei alte cereri de chemare în judecată, iar respingerea cererii reclamantului nu este însoțită, în general de formularea unei acțiuni în atragerea răspunderii civile delictuale, admiterea acesteia presupunând dovedirea unor multiple aspecte, în primul rând a prejudiciului suferit. De asemenea, din moment ce face dovada îndeplinirii cerințelor legale pentru deschiderea procedurii creditorul este chiar interesat, în lipsa posibilității altor executări individuale multumitoare, să recurgă la această cale de recuperare a creanței. Oricum, nimic nu îl împiedică pe debitor să încerce mai întâi redresarea pe alte căi, iar în raport cu deschiderea procedurii șansele de redresare se mențin prin prisma posibilității de reorganizare judiciară. Este adevărat că dacă tribunalul intervine tardiv, între timp posibilitățile de redresare se vor fi micșorat, cu reducerea șanselor de recuperare a creanțelor de către creditori, iar în cazul unei intervenții premature, eventuala procedură a falimentului este de natură să reducă creditul debitorului și așa diminuat în urma apariției stării de insolvență, la nivelul unei cote falimentare.

Mecanismul procedural reglementat prin legea în vigoare oferă criteriilor obiective, chiar tehnice de apreciere a existenței stării de insolvență, în raport cu constatarea faptului material al încetării plăților din cauza lipsei disponibilităților bănești, cu caracter permanent. În funcție de aceste criterii, fără a analiza și aspectul complex al solvabilității, tribunalul deschide sau nu procedura, dând o apreciere reală probelor administrate. Astfel, dacă creditorii fac dovada îndeplinirii cerințelor prevăzute de lege pentru creanța pretinsă, intervine și prezumția lipsei disponibilităților, ceea ce atrage deschiderea procedurii la cererea acestora. Dacă încetarea de plăți este iminentă, debitorul va putea recurge la beneficiul procedurii, iar dacă nu observă iminența încetării plăților și ajunge efectiv în insolvență, îi va reveni obligația formulării

cererii introductive. În contextul altor reglementări naționale, până la instalarea stării de insolvență există chiar posibilitatea recurgerii la proceduri specifice de prevenție; în acest sens, în cazul dreptului intern legiuitorul abia are în vedere pentru viitorul apropiat reglementarea concordatului preventiv și a mandatului *ad-hoc*. În ipoteza existenței unor astfel de proceduri de prevenție se impune ca reglementarea acestora să nu intre în contradicție cu prevederile legii privind procedura insolvenței. Astfel, posibilitatea efectuării de către debitor a unor demersuri în sensul restructurării amiabile a debitorilor reclamă înlăturarea caracterului obligatoriu al formulării de către debitor a cererii introductive sau cel puțin suspendarea termenului de 30 de zile în raport cu prevederile art. 27 alin. (1). Există și riscul ca actele și faptele efectuate în contextul unor proceduri preventive să constituie și motivul formulării acțiunilor în anulare în temeiul art. 79-80 sau a acțiunilor întemeiate pe dispozițiile art. 138 din Legea nr. 85/2006, dacă nu se prevede înlăturarea acestui risc, pe motivul efectuării lor cu bună-credință în cadrul procedurilor respective.

*

Dacă cererea introductivă corespunde cerințelor (condițiilor) legale tribunalul, prin judecătorul sindic, o va admite. Dacă cerințele legale nu sunt îndeplinite, tribunalul sesizat cu o cerere de declarare în faliment o va respinge. În nici un caz tribunalul nu are dreptul să respingă cererea pe motiv că, deși debitorul este în stare de insolvență, deschiderea procedurii nu ar fi oportună sau că debitorul ar fi totuși solvabil ci, dimpotrivă, are obligația să pronunțe deschiderea. Dar, deși aceste aspecte sunt necontestate în doctrină, în practică tribunalele insistă uneori în a tergiversa cauza, acordând termen debitorului în mod voalat, sub pretextul de a se face de către debitor dovada că nu este în încetare de plăți, pentru ca, dincolo de situația reală de insolvență, acesta să capete timpul necesar pentru a face rost de bani în vederea plății debitele către creditori. Această atitudine constituie o încălcare a legii, în sensul că astfel se încearcă practic un moratoriu, deși instituția juridică respectivă nu mai este reglementată în dreptul intern, precum și în sensul că judecătorul sindic nu are dreptul să acorde termene de grație la plata obligațiilor comerciale.

*

Spre deosebire de alte reglementări, în dreptul intern hotărârea de deschidere a procedurii nu cuprinde obligatoriu și data încetării plăților, în condițiile în care, în principiu, apariția acestei stări este proprie „perioadei suspecte”. În cazul în care s-ar stabili data încetării plăților, ar fi mai ușor să se aprecieze dacă debitorul a depus sau nu în termen cererea introductivă sau dacă a formulat-o în mod prematur. Unii autori au susținut că din moment ce Legea nr. 85/2006 nu interzice expres stabilirea datei prin hotărârea de deschidere, ar trebui să se procedeze efectiv în acest sens. Desigur că un astfel de demers este realizabil, dar legea leagă efectele deschiderii de data pronunțării hotărârii de deschidere a procedurii iar nu de data apariției stării de insolvențe, cu unele excepții, ceea ce înseamnă că nu ar fi vorba de un demers util.

În doctrină s-a exprimat opinia că art. 32 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 ar „stabili cu exactitate și data deschiderii procedurii, dată care în principiu este marcată de data pronunțării încheierii”. Aceasta ține de aspectul evidenței, dar trebuie precizat că data deschiderii procedurii nu trebuie confundată cu data intervenirii stării de insolvență, care se situează anterior (în cazul insolvenței actuale) sau ulterior (în cazul insolvenței iminente) deschiderii procedurii.

1.1. Respingerea cererii introductive și autoritatea de lucru judecat

Dacă s-a respins cererea introductivă motivat de faptul că nu s-a dovedit starea de insolvență, se poate reveni cu o nouă cerere doar dacă e bazată „pe noi fapte”, pe dovezi intervenite ulterior hotărârii de respingere. Într-un astfel de caz, prima hotărâre nu prezintă o autoritate de lucru judecat care să împiedice revenirea cu o nouă cerere, dacă fapte noi evidențiază apariția ulterior a stării de insolvență, pentru că este vorba de o altă situație de fapt. Totuși, în condițiile în care deschiderea procedurii are aspect jurisdicțional iar nu administrativ, nu se poate reveni doar cu noi dovezi invocându-se, însă, tot faptele anterioare, pentru care cererea introductivă s-a respins, în acest caz intervenind principiul *res judicata pro veritate habetur*. Aceasta deoarece tribunalul

pronunță o hotărâre, examinând cererea sub toate aspectele și nu poate, fără să se deducă noi fapte, să facă o nouă pronunțare recunoscând eroarea inițială, a sa sau a instanței de recurs care nu a reformat hotărârea deși trebuia să procedeze în acest sens.

Față de faptul că creditorul titular al cererii introductive exercită un drept propriu, neavând un mandat de la ceilalți creditori (în principiu, un astfel de mandat e o ficțiune, nedovedindu-se prin nimic), s-a arătat în doctrină că nu se poate invoca autoritatea de lucru judecat decât față de creditorul căruia i s-a respins cererea introductivă, iar ceilalți creditori, care nu au fost parte la judecată, pot cere deschiderea procedurii în raport cu creanțele lor. Opinia este valabilă pentru că, de exemplu, un creditor nu are o creanță valabilă și i se respinge cererea, dar alt creditor îndeplinește condițiile în raport cu propria creanță și trebuie să i se admită cererea introductivă. În acest context este de reținut că tribunalul putea, sub imperiul reglementării din Codul comercial, să declare falimentul din oficiu și după ce i s-a respins cererea în același sens unui creditor, în situația respectivă neexistând identitatea de persoane în ceea ce privește autoritatea de lucru judecat.

§2. Hotărârea de deschidere în cazul cererii debitorului

2.1. Aspecte specifice

Potrivit art. 32 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, dacă cererea debitorului corespunde condițiilor prevăzute la art. 27, judecătorul sindic va pronunța o încheiere de deschidere a procedurii generale, iar dacă prin declarația făcută conform art. 28 alin. (1) lit. h) debitorul își arată intenția de a intra în procedura simplificată sau nu depune documentele prevăzute la art. 28 alin. (1) lit. a) - f) și h) la termenul prevăzut la art. 28 alin. (2), ori se încadrează în una dintre categoriile prevăzute la art. 1 alin. (2), judecătorul va pronunța o încheiere de deschidere a procedurii simplificate.

Atât pentru cazul deschiderii procedurii generale cât și al procedurii simplificate, ca urmare a cererii introductive a debitorului, legiuitorul a prevăzut pronunțarea de către judecătorul sindic a unei încheieri, iar nu

a unei sentințe. Pronunțarea unei încheieri conduce la ideea unui început de judecată în această ipoteză, pentru a cărei finalizare este lăsată posibilitatea pronunțării unei (eventuale) sentințe abia ulterior, în cadrul opoziției creditorilor la deschiderea procedurii.

Pentru deschiderea procedurii generale sau simplificate legiuitorul a menționat mai întâi că trebuie îndeplinite condițiile prevăzute la art. 27 din lege. Condițiile la care se referă art. 27 sunt condițiile prevăzute legal pentru deschiderea procedurii, astfel cum se regăsesc acestea în cuprinsul legii la art. 1 alin. (1) și (2) (privind domeniul de aplicare al procedurii insolvenței) și la art. 3 alin. (1), (6), (12) etc. (referitoare la condițiile legale privind creanța și insuficiența disponibilităților bănești). Prin urmare, judecătorul sindic va avea de analizat, sub aspectul temeiniciei și legalității cererii, în primul rând măsura în care sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege pentru deschiderea procedurii, astfel cum s-a făcut vorbire în secțiunea din lucrarea de față referitoare la acest aspect.

Cererea trebuie analizată și sub aspect formal, în raport cu art. 112 C. proc. civ., îndeosebi în ceea ce privește existența semnăturii, conform art. 27 alin. (3), precum și referitor la eventuala formulare prematură, cu rea-credință. În cazul în care nu sunt îndeplinite condițiile dovedind existența stării de insolvență, cererea introductivă va fi respinsă.

Dacă cererea introductivă nu este semnată în mod legal, va fi anulată în condițiile art. 133 alin. (1) și (2) C. proc. civ.

În cazul în care cererea este prematură va trebui, de asemenea, să fie respinsă. În forma inițială a Legii nr. 85/2006, dispozițiile art. 32 alin. (2) prevedeau, printre altele, că „admițând opoziția, judecătorul sindic va putea păstra deschisă procedura insolvenței, cu consecința calificării cererii debitorului de deschidere a procedurii ca fiind prematură”, în raport cu care era posibilă interpretarea în sensul că dacă și în raport cu opoziția se menține deschisă procedura, deși este vorba de prematuritate, cu atât mai mult nu se poate respinge dintr-un început cererea debitorului pentru acest motiv; ceea ce putea intra în contradicție cu dispozițiile art. 27 alin. (4), în ideea că nu se poate prevedea sancțiunea atragerii răspunderii patrimoniale pentru prematuritate, fie și

numai în cazul relei-credințe, dar să nu se respingă cererea introductivă respectivă. Prin Legea nr. 277/2009 privind aprobarea O.U.G. nr. 173/2008, textul art. 32 alin. (2) a fost modificat, sub aspectul în discuție, în sensul că „admițând opoziția, judecătorul sindic nu va putea păstra deschisă procedura insolvenței”, formulare care nu mai constituie o piedică pentru posibilitatea respingerii cererii introductive a debitorului în cazul prematurității acesteia.

*

În forma inițială a Legii nr. 85/2006, dispozițiile art. 28 alin. (2) prevedeau că în cazul nedeunerii informațiilor prevăzute la alin. (1) lit. a)-f) și h) în termen de 10 zile, judecătorul sindic pronunță o sentință de intrare în procedura simplificată. Din compararea dispozițiilor art. 28 alin. (2) în forma inițială, cu acelea din art. 32 alin. (1), rezulta că pentru nedeunerea documentelor prevăzute de art. 28 alin. (1) lit. a)-f) și h) se prevede deschiderea procedurii simplificate, în cazul art. 28 alin. (2) printr-o sentință, iar în cazul art. 32 alin. (1) printr-o încheiere, ceea ce constituia o evidentă incongruență din partea legiuitorului.

În principiu, hotărârea judecătorească specifică deschiderii procedurii este fie încheierea, în cazul cererii introductive a debitorului, pentru această ipoteză fiind prevăzută și opoziția, care se soluționează printr-o sentință care încheie practic judecata cererii introductive, fie sentința, în cazul cererii introductive a creditorului.

În raport cu acestea, în doctrină s-a apreciat, într-o opinie, în mod corect că dispozițiile art. 28 alin. (2) din lege sunt formulate greșit, deoarece ar fi trebuit să prevadă deschiderea procedurii simplificate printr-o încheiere, iar nu printr-o sentință. Într-o altă opinie s-a considerat, în sens opus, că dispozițiile art. 28 alin. (2) au caracter special față de art. 32 alin. (1) și, prin urmare, prevăd, în mod corect deschiderea procedurii printr-o sentință.

În mod justificat, prin Legea nr. 277/2009 privind aprobarea O.U.G. nr. 173/2008, textul art. 28 alin. (2) a fost modificat inclusiv în sensul înlăturării referirii la pronunțarea unei sentințe.

*

În doctrină s-a mai susținut, de asemenea, că este inadmisibil ca un debitor care cere deschiderea procedurii să nu poată beneficia de procedura generală (deci, de un plan) decât dacă formulează declarația de

reorganizare, deși nu face parte dintre categoriile de debitori prevăzute la art. 1 alin. (2) din lege și, în mod scuzabil, nu își cunoaște posibilitățile în sensul reorganizării judiciare la data cererii ci, eventual doar ulterior, în perioada de observație. Desigur, aprecierea în acest sens nu este nejustificată, dar considerăm că prevalează aprecierea acestei situații prin prisma unui aspect de politică legislativă, în sensul că legiuitorul a stabilit că debitorul nediligent sau ignorant în privința propriei situații nu are dreptul de a beneficia de un plan și, în consecință, a instituit un impediment legal în contra unui astfel de beneficiu, facilitând deschiderea procedurii simplificate.

Situația astfel reglementată nu avantajează nici practicienii în insolvență, pentru că, în general, onorariile în cauzele având ca obiect procedură simplificată sunt relativ reduse, nici debitorul, care se vede radiat mai repede din registrul comerțului, iar creditorii nu pot spera, în ceea ce privește recuperarea creanțelor lor, decât cel mult la cota falimentară. Dar, dacă se are în vedere că în practica internă în materia insolvenței nu au existat până acum, în general, condiții favorabile pentru promovarea reorganizării judiciare reale și nici suficienți practicieni în insolvență cu experiență sub acest aspect, iar în situațiile de criză financiară și economică șansele în sensul reorganizării judiciare scad chiar până la anulare, putem aprecia că în prezent, lege insolvenței în vigoare este adecvată realității.

*

În cazul respingerea cererii introductive a debitorului, acesta are posibilitatea formulării recursului împotriva hotărârii pronunțate în acest sens, în conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) din lege.

§3. Hotărârea de deschidere în cazul cererii creditorului

3.1. Soluții în judecata cererii creditorului

Potrivit dispozițiilor art. 33 alin. (4) din Legea nr. 85/2006, dacă judecătorul stabilește că debitorul este în stare de insolvență, îi va respinge contestația și va deschide, printr-o sentință, procedura generală, situație în care un plan de reorganizare poate fi formulat numai de către

administratorul judiciar sau de către creditorii deținând împreună sau separat minim 20 % din valoarea masei credale și numai dacă aceștia își exprimă intenția de a depune un plan în termenul prevăzut la art. 59 alin. (1), respectiv, la art. 60 alin. (2) din lege.

În continuare, la alin. (5) se prevede că dacă judecătorul sindic stabilește că debitorul nu este în stare de insolvență respinge cererea creditorilor, care va fi considerată ca lipsită de orice efect chiar de la înregistrarea ei;

Potrivit dispozițiilor alin. (6), dacă debitorul nu contestă, în termenul prevăzut la alin. (2), că ar fi în stare de insolvență și își exprimă intenția de a-și reorganiza activitatea, judecătorul sindic va da o sentință de deschidere a procedurii generale. În cazul în care, din declarația debitorului, făcută până la data pronunțării sentinței, rezultă că aceasta se încadrează în una dintre categoriile prevăzute la art. 1 alin. (2) sau a mai beneficiat de reorganizare în ultimii 5 ani anteriori deschiderii procedurii, judecătorul sindic va pronunța o sentință de deschidere a procedurii simplificate.

În raport cu dispozițiile menționate, judecătorul sindic, judecând cererea introductivă a creditorului și eventuala contestație a debitorului, poate pronunța următoarele soluții (pe lângă aceea a respingerii cererii introductive pentru neplata cauțiunii, indiferent dacă s-a făcut sau nu contestație, caz în care nici nu mai este necesar să se judece cererea pe fond):

a) În cazul în care debitorul contestă (ipoteză avută în vedere de art. 33 alin. (4) și (5):

1. Admiterea cererii creditorului cu respingerea contestației debitorului și deschiderea procedurii generale, dacă constată că creditorul îndeplinește cerințele prevăzute de art. 31, art. 3 alin. (1), (6), (12), adică este îndreptățit să solicite deschiderea procedurii, iar debitorul este în stare de insolvență. În acest caz legiuitorul înlătură accesul debitorului la propunerea unui plan, ca sancțiune pentru comportamentul acestuia, în baza ideii că din moment ce se afla în stare de insolvență dar nu a fost în măsură să conștientizeze aceasta și a formulat contestația în mod nejustificat, sau nu a vrut să recunoască, nu se mai poate avea încredere în debitor în sensul că ar realiza ce înseamnă beneficiul reorganizării.

2. Admiterea cererii creditorului cu respingerea contestației debitorului și deschiderea procedurii simplificate, atunci când judecătorul sindic constată că debitorul se află în stare de insolvență se află în una dintre situațiile prevăzute de art. 1 alin. (2) sau a mai beneficiat de reorganizare în ultimii 5 ani anteriori deschiderii procedurii.

3. Respingerea cererii creditorului cu admiterea contestației debitorului atunci când debitorul dovedește că nu este în stare de insolvență, iar creditorul nu dovedește că ar fi îndreptățit la deschiderea procedurii.

4. Respingerea cererii creditorului dar și a contestației debitorului atunci când nici creditorul nu dovedește că este îndreptățit să solicite deschiderea procedurii dar nici motivele contestației nu sunt, practic, fondate.

b) în cazul în care nu s-a formulat contestație:

1) admiterea cererii creditorului atunci când cerințele art. 31, art. 3 alin. (1), (6), (12) sunt îndeplinite, deci creditorul este îndreptățit să ceară deschiderea procedurii (generală sau simplificată, în funcție de criteriile deja arătate). Prin comparație cu pct. 2 din categoria anterioară, legiuitorul a apreciat pozitiv faptul că debitorul nu a formulat contestație, recunoscând implicit starea de insolvență dovedită în raport cu cererea creditorului și a depus declarația privind intenție de reorganizare, respectiv aceea din care rezultă că se încadrează în categoriile prevăzute de art. 1 alin. (2) din Legea nr. 85/2006.

Desigur, este posibil ca și în lipsa contestației debitorul să fi dat acele declarații în mod nereal. În cazul declarației de reorganizare, faptul că în realitate debitorul nu îndeplinește condițiile pentru reorganizarea judiciară se va adevăra, totuși, în raport cu activitatea de examinare a situației debitorului pe care o va efectua practicianul ulterior; până atunci, însă, procedura generală a fost deschisă inutil, deși s-ar fi justificat deschiderea procedurii simplificate, iar tergiversarea dăunează interesului creditorilor. Situația trebuie, însă, acceptată dat fiind faptul că legiuitorul a acordat o mai mare importanță atitudinii de colaborare și recunoaștere din partea debitorului, iar tribunalul nu procedează, în contextul judecării cererii introductive, la cercetarea măsurii în care există sau nu posibilitatea de redresare pentru debitor.

În cazul declarației privind includerea în categoriile prevăzute de art. 1 alin. (2), aspectele respective trebuie să fie probate în cauză, neputând fi luate în considerare doar în baza declarației debitorului.

2) respingerea cererii creditorului dacă cerințele enumerate anterior nu sunt îndeplinite.

În toate cazurile de respingere a cererii introductive aceasta trebuie să rămână fără efect încă de la data formulării. Debitorul nu poate rămâne, sub aspectul credibilității, sub povara unei cereri a creditorilor care s-a dovedit a fi neîntemeiată. Formularea unei cereri introductive, indiferent că titularul este creditorul sau debitorul, se poate datora și unei intenții frauduloase, astfel că respingerea ei reclamă înlăturarea oricărui efect posibil al unei astfel de intenții. Potrivit art. 33 alin. (5) respingerea cererii creditorilor, ca urmare a faptului că debitorul nu este în stare de insolvență, atrage considerarea cererii respective ca lipsită de orice efect chiar de la înregistrarea ei. Efectele specifice procedurii insolvenței intervin asupra debitorului doar începând cu deschiderea procedurii, pentru că doar la acel moment, iar nu de la data cererii introductive, se constată prin hotărâre judecătorească existența stării de insolvență. În același context, prin textul art. 154² introdus prin Legea nr. 277/2009 s-a prevăzut că orice decăderi, limitări, interdicții ori altele asemenea instituite prin norme legale sau prevederi contractuale pentru cazul deschiderii procedurii de insolvență vor fi aplicabile doar de la data deschiderii falimentului, dispozițiile contrare fiind abrogate. De exemplu, unele interdicții prevăzute în cazul deschiderii procedurii insolvenței chiar prin dispoziții legale, cum ar fi participarea la licitații pentru achiziții publice, pot lipsi debitorul de orice bază pentru continuarea activității în baza unui plan confirmat, înlăturându-i șansele de redresare. În cazul deschiderii procedurii falimentului, din moment ce, în principiu, nu se mai pune decât problema operațiunilor de lichidare, iar nu și a continuării activității curente sau a activității pe baza unui plan, limitările, interdicțiile etc. nu mai au, de regulă, o bază de raportare.

În cazul în care la respingerea cererii introductive se ajunge în recurs, după ce în primă instanță s-a deschis procedura, unele efecte din procedura continuată la tribunal pe perioada recursului pot fi menținute, dacă sunt de sine stătătoare etc., după cum s-a mai arătat în cuprinsul lucrării.

3.2. Respingerea cererii introductive a creditorului și răspunderea acestuia pentru daune

Potrivit art. 33 alin. (3) din Legea nr. 85/2006, dacă cererea creditorului este respinsă, cauțiunea va fi folosită pentru a acoperi pagubele suferite de debitor. Practic textul menționat nu prevede expres atragerea răspunderii creditorului pentru daune, ci indică sursa pentru plata daunelor, având în vedere doar implicit atragerea răspunderii în cazul în care a fost respinsă cererea introductivă formulată de creditor. Aceasta înseamnă că formularea acțiunii în atragerea răspunderii în discuție nu a fost avută în vedere în cadrul procedurii insolvenței. O eventuală acțiune în atragerea unei astfel de răspunderi poate fi formulată de debitor doar în contextul dreptului comun, la instanța de drept comun (a se vedea în acest sens și secțiunea II. 2.3. „Cauțiunea”, din Capitolul II).

În raport cu respingerea cererii introductive a creditorului, pentru prematuritate sau indiferent care alt motiv, nu există o procedură deschisă și, mai mult, dacă s-ar accepta ideea continuării cauzei în scopul dispunerii de către judecătorul sindic asupra acțiunii în atragerea răspunderii, eventuala hotărâre de admitere a acestei acțiuni nu ar putea fi executată silit în contextul Legii nr. 85/2006, ci tot potrivit dreptului comun.

Oricum, în raport cu respingerea cererii introductive pe care a formulat-o, creditorul nu ar putea fi ținut pentru daune decât în baza dispozițiilor 998 C. civ. (dreptul material) și art. 723 C. proc. civ. (dreptul procesual), cu dovedirea în mod corespunzător a daunelor suferite de debitor ca urmare a cererii introductive și a comiterii faptei din culpă gravă, cu rea-credință, în mod abuziv. De exemplu, atunci când creditorul nu era convins că are dreptul să provoace debitorului deschiderea procedurii, deci știind că nu este creditor sau că debitorul deține suficiente disponibilități bănești etc., dar a invocat contrariul în mod mincinos, în alt scop decât cel legal recunoscut cererii introductive, cum ar fi acela de a-l forța pe debitor să îi facă plata unei creanțe discutabile. Au fost exprimate, însă, și opinii în sensul că ar fi suficientă pentru atragerea răspunderii și „culpa levis”, dar culpa ușoară nu se îndepărtează, de regulă, de buna credință, astfel că în general nu este

luată în considerare pentru atragerea răspunderii în raport cu respingerea unei acțiuni în justiție, dreptul la petiție (formularea cererii introductive) fiind, în general, unul legal. Cu atât mai mult nu pot fi acceptate opiniile în sensul că dreptul la reparație al debitorului prejudiciat, trebuie să se nască independent de împrejurarea că cererea introductivă a fost formulată și fără rea-credință sau abuz de drept. Aceasta deoarece prin art. 33 alin. (3), legiuitorul a prevăzut în mod imperativ că în cazul respingerii cererii creditorilor cauțiunea va fi folosită pentru a acoperi pagubele debitorului, fără a face vreo distincție în legătură cu motivul pentru care s-a respins cererea creditorilor, ceea ce înseamnă că devine aplicabil dreptul comun.

De multe ori culpa creditorului se asociază cu prematuritatea introducerii cererii introductive împotriva debitorului, care trebuie apreciată doar ca o caracteristică a faptei în sine, nefiind vorba despre o reglementare a unei instituții a răspunderii creditorului pentru prematuritatea cererii.

Este, cel puțin în parte, greșită opinia exprimată în doctrină în sensul că sarcina probării elementelor răspunderii civile delictuale (fapta ilicită, prejudiciul, legătura de cauzalitate dintre acestea, culpa) este facilă, întrucât prin consemnarea cauțiunii prejudiciul a fost practic cuantificat, respingerea cererii introductive ca prematură face dovada faptei ilicite, rămânând ca debitorul să facă dovada culpei și numai în cazul în care debitorul ar pretinde că dauna este mai mare decât quantumul cauțiunii acesta ar trebui să facă dovada prejudiciului suplimentar.

Or, elementele răspunderii civile delictuale trebuie îndeplinite în mod cumulativ, astfel că fiecare dintre acestea trebuie obligatoriu probate în mod corespunzător. Hotărârea de respingere a cererii introductive ca prematură este în măsură să constituie proba faptei ilicite, însă, prin stabilirea quantumului cauțiunii nu se poate considera că s-a realizat și o cuantificare a prejudiciului în sensul necesar în cadrul acțiunii în atragerea răspunderii. Cele două cereri au obiecte distincte, motivări diferite și judecata lor implică probatorii diferite, care nu se poate echivala. Autorul opiniei uită cu ușurință și de necesitatea probării legăturii de cauzalitate între fapta ilicită și producerea prejudiciului.

§4. Hotărârea de deschidere a procedurii

4.1. Caractere generale

Pentru a se începe procedura insolvenței este necesar nu numai să fie îndeplinite condițiile legale prevăzute în acest scop dar și de o hotărâre judecătorească. Până la pronunțarea acesteia nu există decât starea de fapt a încetării plăților pentru insuficiența/lipsa disponibilităților bănești, dar hotărârea creează și o stare de drept, insolvența. Insolvența își produce efectele juridice numai după ce s-a dispus deschiderea procedurii prin hotărârea judecătorească.

În raport cu aceste aspecte hotărârea de deschidere a procedurii are următoarele caractere:

1. Caracterul declarativ

În ceea ce privește starea de insolvență și sub imperiul Legii nr. 85/2006 hotărârea de deschidere a procedurii păstrează caracterul declarativ, existent și în condițiile reglementării mai vechi, prevăzută de Codul comercial; sub aspectul constatării în fapt a cerințelor prevăzute legal pentru deschiderea procedurii, a stării de insolvență.

Aceasta, în condițiile în care esențial pentru aprecierea stării de insolvență a fost și este insuficiența/lipsa lichidităților bănești (pentru plata creanțelor). Insolvența înseamnă lipsa lichidităților în ceea ce privește debitorul. Creanțele vizează creditorii. Accentul se pune pe lipsa lichidităților, iar nu pe creanțe - deoarece în legătură cu acestea din urmă se creează impresia de acțiune în pretenții și de aici și ideea că aceste creanțe ar trebui dovedite integral încă din această fază a procedurii. Or, în judecata cererii introductive trebuie să se stabilească în concret dacă debitorul mai dispune sau nu de disponibilități bănești. Aceasta se face, însă, în concret prin raportare la creanțele invocate; singure, însă, creanțele nu ar justifica deschiderea procedurii ci o executare silită ca oricare alta. În procedura insolvenței creanțele sunt verificate și li se stabilește cuantumul și caracterul ulterior deschiderii. În judecata cererii introductive, în privința cuantumului creanțelor un singur aspect concret trebuie stabilit ca fiind determinat sau determinabil – fiind o condiție legală – și anume, acela referitor la valoarea prag.

2. Caracterul constitutiv

Hotărârea de deschidere are și acest caracter, deoarece determină și o situație juridică nouă, procedura insolvenței, atât pentru debitor cât și pentru creditorii, în care aceștia au drepturi și obligații noi, specifice.

3. Caracter universal

Acesta caracter se referă atât la persoane cât și la patrimoniul debitorului.

În privința persoanelor, hotărârea produce efecte *erga omnes*, iar nu doar între cel care a obținut deschiderea și cel față de care s-a dispus deschiderea procedurii, deci în acest caz nu se aplică principiul *res inter alios acta neque nocet neque prodest potest*. Hotărârea de deschidere creează o nouă situație juridică pentru debitor și produce efecte față de toată lumea. Din această cauză legea instituie un regim extins de publicitate, atât pentru ca terții să aibă cunoștință despre deschiderea procedurii și să se abțină de la relații, în primul rând comerciale, cu debitorul cât și pentru ca persoanele interesate să știe că, în măsura în care legea le conferă legitimitate procesuală activă, pot să atace hotărârea de deschidere, dacă consideră că debitorul nu este în insolvență. De precizat, totuși, că hotărârea de deschidere își produce efecte *erga omnes* dincolo de publicitate, pentru că numai termenele pentru calea de atac curg de la efectuarea publicității, comunicării, dar hotărârea își produce efectele și înainte de acestea.

În ceea ce privește patrimoniul debitorului, hotărârea de deschidere este menită să producă, de regulă, desesizarea acestuia de toate bunurile sale, indiferent de natura lor, de locul situării, de dobândirea anterioară sau ulterioară deschiderii procedurii etc., administrarea bunurilor urmând să revină practicianului în insolvență. Desesizarea înseamnă în termeni actuali ridicarea dreptului de administrare al debitorului, care comportă o reglementare complexă, implicând excepții de la regulă, persoanele cărora le revine exercitarea acestui drept etc.

În acest context este evident de ce debitorul nu poate fi supus în același timp mai multor proceduri de insolvență (chiar și în cazul procedurii transfrontaliere este vorba, generic, de o singură procedură).

4. Caracterul executoriu

Darea hotărârii de deschidere a procedurii presupune urgență, astfel că deși este susceptibilă de a fi înlăturată pe calea opoziției sau a

recursului, trebuie să fie de la pronunțare și executorie și aceasta în mod independent de faptul că și în dreptul comun hotărârile sunt, în materie comercială, definitive și executorii în primă instanță.

4.2. Conținutul hotărârii de deschidere

Menționarea unor dispoziții în conținutul hotărârii de deschidere este obligatorie pentru asigurarea derulării procedurii, având caracter necesar în cazul deschiderii oricărei proceduri, în timp ce alte dispoziții sunt necesare numai în anumite cazuri, fiind doar posibile.

4.2.1. Conținutul necesar

Conținutul necesar se referă la faptul că întotdeauna hotărârea de deschidere a procedurii trebuie să cuprindă anumite dispoziții.

Orice hotărâre de deschidere a procedurii trebuie să cuprindă în mod obligatoriu:

1. Administratorul judiciar /lichidatorul desemnat în cauză, în mod provizoriu, de către judecătorul sindic, pentru administrarea procedurii, conform dispozițiilor art. 34 și art. 11 alin. (1) în formularea rezultată în urma modificării prin O.U.G. nr. 173/2008 și, respectiv, Legea nr. 277/2009 de aprobare a acesteia.

Deschiderea procedurii generale ridică debitorului dreptul de administrare, cu excepția cazului în care acesta și-a declarat intenția de reorganizare judiciară, iar în cazul deschiderii procedurii simplificate (faliment) ridicarea intervine de drept, practicianul în insolvență (lichidatorul) fiind cel care preia spre exercitare atribuțiile acestui drept, în limita necesară operațiunilor de lichidare. De reținut că practicianul în insolvență trebuie să fie desemnat în mod obligatoriu prin hotărârea de deschidere chiar și în cazul în care nu se ridică debitorului dreptul de administrare. Aceasta deoarece, în general, deci și în acest caz, practicianul în insolvență are de îndeplinit și alte atribuții în procedura deschisă decât doar acelea proprii exercitării dreptului de administrare în ceea ce privește debitorul; chiar și atribuția de conducere a activității debitorului îi poate fi stabilită practicianului nu numai integral ci și

parțial. În raport cu toate acestea, formularea din art. 11 alin. (1) în sensul că practicianul este desemnat „pentru administrarea procedurii” pare o exagerare, dar este corectă, dacă este privită separat de jurisdicția asigurată prin judecătorul sindic.

Într-adevăr, se poate spune, în mod real, în raport cu formularea textelor de lege, că practicianul nu doar administrează activitatea debitorului atunci când acestuia i s-a ridicat dreptul de administrare, ci îndeplinește și alte atribuții în cadrul procedurii insolvenței, privind derularea procedurii în scopul prevăzut de art. 2 din lege, conservarea sau utilizarea bunurilor debitorului prin lichidarea lor și repartizarea contravalorii obținute între creditori etc., atribuții care privesc administrarea procedurii. Chiar și sub reglementarea Codului comercial se vorbea expres despre atribuții ale judecătorului sindic privit ca administrator al procedurii. Același aspect explică și mențiunea din actul normativ privind organizarea practicienilor în insolvență în sensul că aceștia conduc procedura în care sunt desemnați.

2. În Legea nr. 85/2006 sunt prevăzute în conținutul necesar al hotărârii de deschidere a procedurii, termenul de prezentare a declarațiilor de creanță de către creditori și termenul de verificare a creanțelor, de care este legat termenul de contestare, adică de definitivare a tabelului creanțelor împotriva debitorului.

Astfel, potrivit art. 33 alin. (7) prin sentința de deschidere a procedurii judecătorul sindic va dispune administratorului judiciar sau lichidatorului, după caz, să efectueze notificările prevăzute de art. 61 din lege.

Dispozițiile art. 61 se referă la destinatarii notificării ce trebuie să fie efectuată în urma deschiderii procedurii iar conținutul notificării este prevăzut de art. 62 alin. (1) lit. a) – e) din lege. Nu toate termenele de la art. 62 alin. (1) lit. a) – e) se includ în notificare în cazul oricărei deschideri de procedură (făcându-se distincție în raport cu titularul cererii, debitorul sau creditorul), ci doar termenele de la lit. b) – e). În cazul termenului de depunere a opozițiilor și al termenului de soluționare a acestora, prevăzute la lit. a) din art. 62 alin. (1), acestea se vor trece în notificare, evident, doar în cazul deschiderii la cererea debitorului, doar în acest caz fiind prevăzută posibilitatea formulării opoziției de către creditori. Faptul că dispozițiile privind notificarea se regăsesc în alin. (7)

din cuprinsul art. 33, articol care reglementează deschiderea la cererea creditorilor, nu este greșit și nu trebuie să provoace confuzie. Aceasta, deoarece în contextul art. 27- 34 și următoarele din lege, după ce mai întâi succedarea articolelor intervine distinct pentru cererea debitorului (art. 27...), de aceea a creditorilor (art. 31...) și la fel pentru deschiderea procedurii la cererea debitorului (art. 32) față de deschiderea la cererea creditorului (art. 33), începând cu art. 34 se reglementează în comun efectele (și măsurile) deschiderii procedurii (cu unele excepții, de exemplu, dispozițiile art. 35, care sunt aplicabile doar în cazul deschiderii la cererea creditorului, pentru că în cazul cererii debitorului este aplicabil art. 28 alin. (2). Dispozițiile art. 33 alin. (7) reglementează un efect al deschiderii, dar referitor la dispunerea efectuării notificării numai în cazul deschiderii la cererea creditorilor; aceiași dispoziție dar în cazul deschiderii la cererea debitorului fiind prevăzută separat în cuprinsul art. 32 alin. (2).

Referitor la termenele prevăzute în art. 62 alin. (1) la lit. b), c), d) în practica judiciară s-au ivit discuții în sensul că din moment ce dispozițiile art. 33 alin. (7) [și art. 32 alin. (2)] prevăd că în hotărârea de deschidere a procedurii se dispune doar în general efectuarea notificărilor prevăzute de art. 61 de către practicianul în insolvență, stabilirea în concret a termenelor respective nu se va avea în vedere, în cadrul hotărârii, de către judecătorul sindic, ci doar de către practician, în cuprinsul notificării, dar nu sub forma unei date calendaristice, ci prin indicarea duratei în zile prevăzută de lege, în hotărârea de deschidere trecându-se doar mențiunea în general de efectuare a notificării, fără termenele concrete în zile.

Desigur că practicianul ar putea să procedeze, în fapt, în sensul arătat anterior, mai ales că față de reglementarea din Codul comercial acesta a preluat atribuțiile judecătorului sindic, dar stabilirea termenelor respective trebuie să se facă în concret de către judecătorul sindic, în cadrul conținutului necesar al hotărârii de deschidere. Aceasta deoarece potrivit art. 62 alin. (2) judecătorul sindic este și cel abilitat să majoreze termenele respective; astfel se asigură celeritatea; în cazul art. 62 alin. (1) lit. a), termenul de judecată al opozițiilor interesează judecătorul și nu practicianul îi face agenda acestuia; toate termenele de la art. 62 alin. (1) lit. a) – d) implică decăderea, ca sancțiune juridică pe

care o constată judecătorul, deci și termenul depășit trebuie stabilit de judecător.

În cuprinsul hotărârii de deschidere a procedurii judecătorul sindic va stabili termenele în discuție, indicând data calendaristică la care se împlinesc acestea.

În condițiile în care procedura insolvenței are ca scop plata creditorilor cu activul debitorului, trebuie, prin urmare, să se cunoască activul și, pe de altă parte, care este pasivul debitorului. Pasivul se stabilește în baza declarațiilor de creanță formulate de fiecare creditor, iar toate declarațiile sunt verificate. În acest scop, pentru celeritate, încă prin hotărârea de deschidere a procedurii trebuie stabilite termenele vizând stabilirea masei credale (pasive) care sunt următoarele: termenul limită pentru înregistrarea cererii de admitere a creanțelor asupra averi debitorului, termenul de verificare a creanțelor, termenul de definitivare a creanțelor.

3. Dispoziția de deschidere a unui cont bancar, având în vedere sumele de bani pe care le implică procedura.

4. În conținutul necesar intră și dispozițiile privind publicitatea, aspect în raport cu care se pune problema comunicării hotărârii de deschidere.

În cazul în care se respinge cererea introductivă a debitorului sau a creditorului, de principiu nu există o procedură deschisă, deci nu se va efectua notificarea prevăzută de art. 61 și, în raport cu art. 7 alin. (3) se va efectua comunicarea hotărârii către părțile care au stat în judecată, pentru curgerea termenului de recurs, potrivit Codului de Procedură Civilă.

Probleme de interpretare pot apare în cazul admiterii cererii introductive, a debitorului sau creditorului, cu dispunerea deschiderii procedurii. În ambele cazuri legea [art. 32 alin. (2), art. 33 alin. (7)] prevede dispunerea efectuării notificării prevăzute de art. 61. În raport cu conținutul art. 61, acesta nu include în cuprinsul notificării și comunicarea în sine a hotărârii de deschidere a procedurii în conținutului ei material, ci doar ideea efectuării publicității, a notificării termenelor privind opoziția, continuarea procedurii, către debitor sau creditor etc. În aceste condiții notificarea este corespunzătoare, suficientă pentru curgerea termenului de opoziție, care nu este, însă, o cale de atac. Prin notificare

nu se ajunge nicidecum la comunicarea copiei de pe hotărâre către debitor, creditorii, și nici la publicarea în Buletinul procedurilor de insolvență a hotărârii în sine, notificarea având prevăzut legal un alt conținut. De altfel, efectuarea notificării este prevăzută ca atribuție a practicianului, iar nu a instanței, cum este în cazul comunicării hotărârii pronunțate de aceasta. Atât creditorul cât și debitorul, titulari ai cererii introductive admise au dreptul să formuleze recurs (în cazul deschiderii procedurii la cererea debitorului opoziția nu înlătură acest drept, ci doar e indicat să se suspende judecata recursului împotriva hotărârii de deschidere până la soluționarea opoziției). Dar, termenul de recurs curge de la data comunicării hotărârii în materialitatea ei, pentru a se lua cunoștință nu numai despre dispozitiv, ci și despre considerente, în vederea motivarea recursului.

În această situație trebuie să se efectueze, pe lângă notificare și comunicarea hotărârii de deschidere, problema este dacă aceasta din urmă trebuie realizată potrivit Codului de procedură civilă sau prin publicare în Buletinul procedurilor de insolvență.

Considerăm că efectuarea comunicării trebuie realizată prin publicare în Buletinul procedurilor de insolvență. Aceasta deoarece:

a) nu sunt aplicabile dispozițiile art. 7 alin. (3)¹, care se referă la altă ipoteză.

b) în raport cu dispozițiile art. 7 alin. (3) se prevede efectuarea potrivit Codului de procedură civilă doar a actelor anterioare deschiderii procedurii și, dintre cele ulterioare, doar a notificării deschiderii, astfel cum este prevăzută de art. 61, aceasta efectuându-se, oricum și printr-un ziar și prin publicare în Buletinul procedurilor de insolvență și potrivit Codului de procedură civilă. Or, comunicarea hotărârii de deschidere este un act de procedură care intervine, evident, după dispunerea prin hotărârea respectivă, supusă comunicării, a deschiderii procedurii, deci nu poate fi o excepție de la prevederile art. 7 alin. (1) teza I.

c) formularea textului art. 7 alin. (9) nu exclude publicarea în Buletinul procedurilor de insolvență a hotărârilor judecătorului sindic, iar hotărârea de deschidere a procedurii este una dintre aceste hotărâri, chiar foarte importantă.

Referitor la acest aspect, în doctrină s-a susținut că dispozițiile art. 7 alin. (9) constituie o altă excepție indirectă de la regula publicării în Buletinul procedurilor de insolvență, în ceea ce privește comunicarea hotărârilor judecătorului sindic, deoarece în text s-ar fi omis în mod voit referirea expresă și la comunicarea acestor hotărâri, în sensul că nu și comunicarea se poate considera realizată individual odată ce s-a publicat hotărârea în buletinul respectiv, ci doar citarea, notificarea, convocarea. Or, comunicarea individuală efectuată potrivit Codului de procedură civilă este necesară pentru declararea recursului, iar publicarea în buletin nu o poate înlocui fără a aduce atingere principiului liberului acces la justiție.

Contrar acestei opinii trebuie avut în vedere, în primul rând, că indiferent de aspectul comunicării, hotărârile judecătorului sindic trebuie publicate, de regulă în Buletinul procedurilor de insolvență pentru publicitate. În practica judiciară hotărârile de deschidere a procedurii se comunică, în mod majoritar, prin publicare în buletin, iar termenul de recurs se calculează de la data publicării. În argumentarea opiniei menționate se susține implicit că dacă nu se efectuează comunicarea oricărei hotărâri a judecătorului sindic potrivit Codului de procedură civilă, individual, nu se respectă liberul acces la justiție, în ceea ce privește posibilitatea formulării căii de atac. Prin urmare, argumentația respectivă este de fapt în sensul de nu se comunica nici o hotărâre a judecătorului sindic prin publicare în buletin, ceea ce este eronat. Aceasta deoarece dispozițiile art. 7 alin. (1) teza I prevăd expres și fără nici o distincție că după deschiderea procedurii și comunicarea oricărui act de procedură, între care se numără și hotărârile judecătorului sindic, se efectuează prin publicare în buletin. O excepție de la această regulă ar trebui să fie expresă și, pentru alte ipoteze, legiuitorul a înțeles să prevadă expres astfel de excepții. Este adevărat că există unele neconcordanțe în formularea art. 7 alin. (7), (8), (9) dar regula din art. 7 alin. (1) poate fi foarte bine structurată referitor la comunicare; în acest sens, dispozițiile art. 1 alin. (1) lit. b), art. 5 alin. (1) și urm. din H.G. nr. 460/ 19.05.2005 modificată și completată prin H.G. nr. 1881 din 21.12.2006 fac vorbire în mod foarte clar despre publicarea în buletin a comunicării în sine (adresa) și a hotărârii comunicate, respectiv despre

comunicarea către destinatari a hotărârilor pronunțate de instanțele care aplică procedura. Invocarea dreptului comun nu este compatibilă, iar liberul acces la justiție este reglementat prin lege, prin legi speciale putându-se reglementa o excepție de la dreptul comun privind comunicarea.

d) În doctrină se mai apreciază greșit sau cel puțin în mod contradictoriu ceea ce reprezintă hotărârea de deschidere, fie că se susține în raport cu începerea procedurii prin această hotărâre, care inițiază perioada de observație, că hotărârea respectivă ar ține doar de perioada menționată, iar nu și de perioada de judecată a cererii introductive, fie că se susține că hotărârea de deschidere nu se publică în buletin, ci, pentru formularea recursului se comunică părților și se notifică practicianului și doar din comoditate mulți dintre judecătorii sindici ar dispune publicarea hotărârii, deși aceasta jalonează cele două perioade succesive și, prin urmare, este un act anterior iar nu ulterior deschiderii procedurii.

Or, contrar acestor susțineri, notificarea hotărârii de deschidere către practician este prevăzută doar de art. 63 și doar în cazul în care debitorul are bunuri, ipoteză care nu constituie un element unitar de interpretare a legii. De asemenea, hotărârea trebuie privită într-adevăr ca un jalon între cele două perioade, dar asta înseamnă că este totodată nu numai finalul judecății cererii introductive dar și punctul de începere al procedurii propriu-zise (cum altfel s-ar putea concepe procedura deschisă fără hotărârea de deschidere). Oricum comunicarea hotărârii de deschidere a procedurii este un act de procedură ulterior pronunțării acesteia.

În concluzie, susținem că efectuarea comunicării hotărârilor judecătorului sindic prin publicare în Buletinul procedurilor de insolvență este astfel reglementată potrivit normelor în vigoare. Pentru efectuarea comunicării potrivit Codului de procedură civilă ar trebui o prevedere de *lege ferenda*. Oricum, o astfel de hotărâre, cum este aceea de deschidere a procedurii, prin importanța ei în contextul procedurii, este necesar să se publice în buletin, pentru asigurarea publicității deschiderii procedurii, în interesul public.

4.2.2. Conținutul posibil

1) În Codul comercial, dispozițiile art. 707 prevedeau, în reglementarea falimentului, că din conținutul necesar al hotărârii de deschidere face parte și ordinul de a pune sigilii, cu scopul de sechestrare generală a tuturor bunurilor aparținând falitului. Delimitarea masei active rezultă în urma sigilării, inventarierii și a eventualelor revendicări sau anulări de acte făcute de falit în fraudă creditorilor.

În reglementarea Legii nr. 85/2006 nu mai există expres un asemenea ordin. Dacă în ceea ce privește stabilirea masei credale sunt dispoziții din care rezultă că aceasta a se realizează în perioada de observație, în cazul stabilirii masei active apar dispoziții exprese în acest sens abia în raport cu trecerea/deschiderea procedurii falimentului, referitoare la sigilare și inventariere. Sigilarea și inventarierea bunurilor debitorului este reglementată doar în faliment și mențiunea în acest sens s-ar putea face în cazul hotărârii de deschidere a procedurii simplificate sau de trecere la faliment în cadrul procedurii generale, dar nu și în hotărârea de deschidere a procedurii generale. Oricum, nici pentru primele două cazuri legea nu prevede în mod expres efectuarea mențiunii în sensul respectiv. În perioada de observație din cadrul procedurii generale intervine și posibilitatea planului de reorganizare, astfel că nu ar fi justificată inventarierea/sigilarea.

Aceasta nu înseamnă, însă, că dacă sunt necesare pentru îndeplinirea unor acte de procedură nu se pot efectua și în cazul deschiderii procedurii generale inventarierea bunurilor debitorului, conservarea acestora.

2) Dispoziția de depunere la dosar de către debitor, a actelor și informațiilor prevăzute de art. 28 alin. (1), potrivit art. 35 din Lege.

Acele și informațiile menționate sunt necesare pentru continuarea procedurii: actele contabile pentru analizarea situației economice a debitorului și a masei active, lista creditorilor pentru efectuarea notificărilor și analiza masei credale etc. Nedepunerea actelor justifică formularea cererii întemeiate pe dispozițiile art. 138 sau poate constitui infracțiunea prevăzută de art. 147 din lege.

Dispozițiile art. 35 vizează doar ipoteza deschiderii procedurii la cererea creditorului. În cazul în care debitorul nu se conformează obli-

gației de depunere a actelor, sunt aplicabile dispozițiile art. 28 alin. (2) din lege, cu consecința deschiderii procedurii simplificate. După deschiderea procedurii simplificate nu este necesar să i se mai dispună debitorului încă o dată să depună actele și informațiile.

Actele și informațiile în discuție pot fi depuse deja la dosar la momentul hotărârii de deschidere, atât în cazul cererii debitorului cât și în cazul cererii creditorului (atașate contestației, administrate ca probe), astfel că dispoziția privind depunerea lor face parte doar din conținutului posibil al hotărârii de deschidere a procedurii.

În situația în care debitorul nu a depus actele, se va proceda la refacerea acestora, în continuarea procedurii? Da, dar numai în cazul procedurii simplificate, conform art. 55, iar nu și în procedura generală. Aceasta, deoarece potrivit art. 1 alin. (2) lit. c) pct. 2, nedepunerea documentelor contabile este unul dintre cazurile în care trebuie să se deschidă procedura simplificată. Dacă s-a deschis, totuși, procedura generală în lipsa acestor documente, obligația de depunere se menține, iar potrivit art. 54 din lege practicianul în insolvență desemnat în cauză va face mai întâi un raport indicând dacă trebuie continuată perioada de observație în procedura generală sau a apărut unul dintre motivele prevăzute de art. 1 alin. (2) în raport cu care propune să se treacă la procedura simplificată. Nu s-a conceput, deci, de către legiuitor derularea integrală a unei proceduri generale fără actele contabile ale debitorului, dar nici a unei proceduri simplificate fără refacerea acestor acte, desigur, în măsura în care e posibil, cum se precizează în cuprinsul art. 55.

3. În reglementarea din Codul comercial intra în conținutul posibil și stabilirea provizorie a datei încetării plăților, stabilire care putea fi și amânată sau chiar se renunța la aceasta, caz în care se socotea că încetarea plăților a intervenit în ziua sentinței de declarare a falimentului, ziua morții falitului persoană fizică etc.

Data la care debitorul a încetat părțile prezintă importanță deoarece de aceasta se leagă perioada suspectă, în timpul căreia unele acte încheiate de debitor sunt prezumate a fi în fraudă creditorilor sau sunt nule pur și simplu, trebuind ca pentru apărarea creditorilor să fie completată masa activă pe calea formulării acțiunilor în anulare etc. În Codul comercial stabilirea datei încetării plăților se putea realiza:

1. chiar în cuprinsul hotărârii declarative a falimentului, caz în care dispoziția în acest sens avea individualitate, fiind atacabilă pe cale distinctă; 2. ulterior hotărârii de deschidere, printr-o hotărâre separată de stabilire a datei încetării.

Determinarea datei încetării plăților avea caracter provizoriu deoarece nici hotărârea de declarare nu era definitivă și tot timpul procedurii tribunalul putea să revină chiar de mai multe ori asupra datei stabilite inițial, în funcție de probele noi administrate.

Pentru stabilirea datei încetării plăților dispozițiile Codului comercial prevedeau persoanele care pot sesiza tribunalul și modul de sesizare, termenele, procedura de judecată, publicitatea hotărârii, contestarea acesteia etc.

În Legea nr. 85/2006 (chiar și în Legea nr. 64/1995) legiuitorul român nu a mai preluat ideea stabilirii datei încetării plăților, legând totul de deschiderea procedurii. În cuprinsul legii sunt, însă, câteva formulări care trimit la data încetării plăților, dar acestea nu sunt în măsură să conducă la concluzia că ar trebui stabilită data încetării plăților prin hotărârea de deschidere. În fapt nu ar fi imposibil, dar în plan juridic, din moment ce legiuitorul a exclus reglementarea expresă sub acest aspect în cuprinsul legii, a se proceda în acest sens ar echivala cu o adăugare la lege.

4. De asemenea, tot sub imperiul Codului comercial se putea dispune arestarea falitului și complicilor, chiar prin hotărârea de declarare a falimentului (judecătorul sindic fiind astfel judecător de instrucție) dacă erau indicii de fraudă, mai cu seamă în cazul dispariției sau lipsei nejustificate a registrelor de comerț și al nedepunerii bilanțului.

În practica judecătorească mențiunile din cuprinsul dispozitivului hotărârii prin care se deschide procedura se referă, minimal, la următoarele aspecte:

1. Admiterea cererii introductive și dispunerea deschiderii procedurii împotriva debitorului, indicându-se în concret norma din Legea nr. 85/2006 aplicată în acest sens și felul procedurii deschise, simplificată sau generală.

2. Dispunerea unor (prime) măsuri prevăzute legal pentru continuarea procedurii: a) ridicarea dreptului de administrare a debitorului, în temeiul art. 47 din lege, cu excepția cazului în care a intervenit

declarația privind intenția debitorului în sensul reorganizării judiciare, precizându-se în mod obligatoriu dacă administratorului judiciar îi revine conducerea activității debitorului integral sau doar în parte, în acest din urmă caz distingându-se ce atribuții vor reveni administratorului judiciar și cu privire la condițiile de efectuare a plăților din contul averii debitorului; b) desemnarea provizorie a administratorului judiciar/lichidatorului, cu precizarea atribuțiilor și retribuției acestuia, inclusiv îndeplinirea de către acesta a formalităților privind menționarea în registrul comerțului a reprezentanților săi permanenți; c) îndeplinirea de către debitor a obligației de a depune actele și informațiile necesare (art. 35 etc.); d) stabilirea termenelor limită prevăzute de art. 62 alin. (1) din lege; e) emiterea de către practicianul în insolvență a notificării prevăzute de art. 61, potrivit art. 33 alin. (7); f) întocmirea și depunerea la dosar a rapoartelor prevăzute de art. 54, respectiv, art. 59 din lege; g) atenționarea băncilor la care debitorul are disponibilități bănești să nu dispună de acestea fără ordin (art. 37); h) deschiderea unui cont pentru cheltuielile aferente procedurii; i) stabilirea termenului următor pentru continuarea în instanță a procedurii.

§5. Opoziția [art. 32 alin. (2)]

Potrivit art. 32 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 în forma inițială în care a fost adoptată, „prin încheierea de deschidere a procedurii la cererea debitorului, judecătorul sindic va dispune administratorului judiciar sau, după caz, lichidatorului să efectueze notificările prevăzute la art. 61. În cazul în care, în termen de 15 zile de la notificare, creditorii se opun deschiderii procedurii, judecătorul sindic va ține, în termen de 10 zile, o ședință la care vor fi citați administratorul judiciar, debitorul și creditorii care se opun deschiderii procedurii, în urma căreia va soluționa, deodată, printr-o sentință, toate opozițiile.

Admițând opoziția, judecătorul sindic va putea păstra deschisă procedura insolvenței, cu consecința calificării cererii debitorului de deschidere a procedurii ca fiind prematură, sau va putea revoca încheierea de deschidere a procedurii. Deschiderea ulterioară a procedurii, la cererea debitorului sau a creditorilor, nu va putea modifica data apa-

riției stării de insolvență. Reaua credință a debitorului trebuie dovedită de creditorul care se opune la deschiderea procedurii insolvenței”.

Acest din urmă alineat din art. 32 alin. (2) a fost modificat prin Legea nr. 277/2009 de aprobare a O.U.G. nr. 173/2008, astfel: „Admițând opoziția, judecătorul sindic nu va putea păstra deschisă procedura insolvenței. Judecătorul sindic va revoca încheierea de deschidere a procedurii. Deschiderea ulterioară a procedurii, la cererea debitorului sau a creditorilor, nu va putea modifica data apariției stării de insolvență”.

Considerăm că prin modificarea menționată textul art. 32 alin. (2) nu a fost îndreptat decât în mod parțial, iar motivarea legiuitorului pentru adoptarea acestei modificări, astfel cum a fost exprimată în procesul legislativ, a avut în vedere, în mod superficial, doar „exprimarea mai clară a textului, a cărui formulare a fost ambiguă”. În acest context, pentru un rezultat lămuritor, vom analiza textul de lege făcând trimiterile necesare referitor la forma inițială și, respectiv, modificată a acestuia; acolo unde va fi cazul.

5.1. Publicitatea hotărârii de deschidere a procedurii

Atât debitorul la cererea căruia s-a deschis procedura insolvenței, cât și creditorii acestuia precum și alte terțe persoane au interesul să cunoască hotărârea de deschidere a procedurii.

Interesul debitorului decurge din faptul că hotărârea respectivă determină o nouă stare de fapt și de drept a acestuia, evident mai puțin convenabilă de regulă, ceea ce determină dreptul debitorului de a ataca prin recurs acea hotărâre.

Creditorii debitorului pot fi vătămați prin deschiderea procedurii, sub aspecte despre care s-a mai făcut vorbire în cuprinsul lucrării, astfel că legea le prevede dreptul de a cere reformarea hotărârii. Hotărârea de deschidere constituie începutul procedurii colective, vizând lichidarea bunurilor debitorului și repartitia între creditori a rezultatului lichidării (sau al reorganizării judiciare) și cuprinde și termenele pentru depunerea creanțelor și verificarea acestora, astfel că în mod firesc creditorii trebuie să poată cunoaște hotărârea respectivă.

Toate celelalte (terțe) persoane trebuie, de asemenea, să aibă (sau să poată avea) știință despre hotărârea de deschidere a procedurii, cel puțin pentru a se feri să ajungă creditor ai debitorului aflat în procedură, putând fi interesați să știe despre hotărârea respectivă chiar debitorii debitorului constituind obiectul procedurii.

Prin publicitatea hotărârii de deschidere a procedurii se înțelege mai mult decât comunicarea hotărârii către debitor și /sau creditor, în calitatea lor de părți în judecată, pentru declararea recursului.

Aducerea hotărârii la cunoștința persoanelor menționate se face într-o modalitate special prevăzută de lege.

În ceea ce privește conținutul publicității, atât în cazul cererii introductive a debitorului [art. 32 alin. (2) teza II] cât și al cererii creditorului [art. 33 alin. (7)] judecătorul sindic pune în vedere administratorului judiciar sau, după caz, lichidatorului, prin hotărârea de deschidere să efectueze notificarea deschiderii procedurii potrivit art. 61 din Legea nr. 85/2006. Pentru detalii în legătură cu notificarea în baza dispozițiilor art. 61 a se vedea analiza efectuată în secțiunea referitoare la aceste dispoziții.

Apreciem că sub reglementarea Codului comercial se urmărea realizarea unei publicități reale, de exemplu prin afișarea sentinței de deschidere și a listei falșilor la tribunal; nu este firesc, în raport cu reglementarea actuală, ca tocmai la instanța care pronunță hotărârea de deschidere, tribunalul, să nu se afișeze actele menționate.

Neîndeplinirea notificării nu împiedică hotărârea de deschidere să își producă efectele, dar poate leza drepturile persoanelor menționate anterior. De exemplu, nu va curge termenul prevăzut de lege pentru formularea opoziției.

Sub reglementarea din Codul comercial se considera că terții vătămați prin neîndeplinirea publicității nu pot invoca buna lor credință și nu au altă variantă decât să exercite acțiunea în daune împotriva celor care aveau atribuția de îndeplinire a publicității. În raport cu reglementarea actuală, promovarea unei astfel de acțiuni în daune ar putea viza, în primul rând practicianul în insolvență.

5.2. Opoziția și recursul împotriva hotărârii de deschidere a procedurii

Spre deosebire de recurs, opoziția nu apare ca fiind o cale de atac.

Potrivit art. 12 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 hotărârile judecătorului sindic sunt definitive și executorii și pot fi atacate separat cu recurs.

În cazul deschiderii procedurii la cererea creditorilor, nefiind prevăzută opoziția, hotărârea poate fi atacată (doar) cu recurs, de către părțile cu privire la care s-a purtat judecata cererii introductive.

În cazul deschiderii procedurii la cererea debitorului, dispozițiile art. 32 alin. (2) teza II prevăd posibilitatea formulării și a opoziției la hotărârea de deschidere a procedurii de către creditorii.

*

Dincolo de faptul că, în concret, sub aspect juridic dispozițiile art. 12 precizează în mod expres că toate hotărârile judecătorului sindic sunt definitive, citirea textului art. 32 creează în mod subiectiv impresia că încheierea de deschidere a procedurii la cererea debitorului nu devine deplină în ceea ce privește caracterul definitiv decât în raport cu formularea opoziției, caracterul definitiv devenind deplin dacă se formulează și soluționează opoziția (în sensul acestei soluționări) sau dacă nu se formulează opoziție în termen legal.

Pentru a înțelege instituția opoziției este folositoare menționarea câtorva aspecte referitoare la evoluția în plan istoric a acesteia.

Opoziția la deschiderea procedurii se regăsea în reglementările din materia falimentului din mai multe țări, inclusiv România, încă din perioada formării dreptului european modern, în urmă cu mai mult de un secol.

Sub imperiul Codului comercial român se prevedea posibilitatea formulării opoziției de către debitor în cazul declarării falimentului din oficiu sau la cererea creditorilor (nu și în cazul propriei cereri, pentru care debitorul avea posibilitatea formulării apelului), pentru motivul necitării debitorului, apreciindu-se în ipotezele respective că astfel se trece de la o fază necontradictorie la una contradictorie a procesului. Mai aveau drept de opoziție și terțele persoane și chiar creditorii, inclusiv în cazul în care chiar ei obținuseră declararea falimentului. Trebuie

precizat că în acea perioadă, în mod obișnuit hotărârea de primă instanță nu era executorie decât după rămânerea ei definitivă și devenea definitivă după ce nu mai era supusă opoziției sau apelului sau, dacă acestea erau formulate, după respingerea lor. Ca o derogare de la dreptul comun, sentințele declarative de faliment erau executorii provizoriu în virtutea legii (art. 944 C. com.), din momentul pronunțării lor. Aceasta era considerată ca o măsură de administrație judiciară a noii situații în care se află debitorul, necesară în interes general, pentru a pune la adăpost pe creditori și a-i asigura față de debitor, care ar fi tentat să micșoreze gajul creditorilor, sau față de alți creditori care ar fi de acord să încaseze o parte din creanță în dauna celorlalți. Dat fiind că sentința declarativă nu era definitivă, se impunea să se limiteze măsurile privind executarea sentinței declarative la cele fără caracter ireparabil.

Din reglementarea Codului comercial, Legea nr. 64/1995 a preluat, iar Legea nr. 85/2006 a menținut instituția opoziției la deschiderea procedurii, dar în contextul unei relative diminuări a scopului public al procedurii insolvenței (inclusiv în ceea ce privește opozabilitatea *erga omnes* a deschiderii procedurii), legiuitorul prevăzând opoziția doar pentru creditori în cazul cererii introductive a debitorului (în condițiile în care recursul poate fi formulat doar de partea/părțile în judecată). Totodată, sub imperiul Legilor nr. 64/1995 și nr. 85/2006 hotărârea de deschidere a devenit (ca și celelalte hotărâri ale judecătorului sindic) definitivă și executorie, supusă doar recursului iar nu și apelului. În acest cadru juridic schimbat, în care ființează acum opoziția, nu putea să nu se mențină voalat ideea că opoziția se situează mai înaintea rămânerei definitive a hotărârii de deschidere la cererea debitorului, hotărâre care trebuie apreciată ca rămânând finală doar după opoziție sau dacă nu se formulează aceasta în termenul legal. Un prim aspect care trebuie stabilit este natura juridică a opoziției.

5.3. Natura juridică a opoziției

Dacă aceasta este o cale de atac, atunci încheierea de deschidere nu poate fi atacată cu recurs (ar fi inadmisibil), ci doar cu opoziție și doar sentința de soluționare a opoziției poate fi atacată cu recurs.

Dacă nu este cale de atac atunci poate fi atacată atât hotărârea de deschidere cât și aceea de soluționare a opoziției cu recurs.

Se poate refuza opoziției caracterul de cale de atac specială din moment ce oferă posibilitatea revocării? Răspunsul ar trebui să fie negativ. În fond, prin opoziție se relevă, în contradictoriu și poziția părților adverse în litigiu, creditorii, asupra cauzei în cadrul judecării în prima instanță, astfel că recursul va fi necesar doar în raport cu sentința de soluționare a opoziției. Dar, aprecierea în acest sens este valabilă doar în ceea ce privește creditorii. Pentru debitor dispozițiile art. 32 alin. (2) nu prevăd dreptul la opoziție, putându-se reține doar dreptul la recurs, iar aceasta ar însemna că pentru o parte există o cale de atac iar pentru altele, altă cale de atac.

Un prim motiv pentru care reglementarea opoziției intervine imediat după soluționarea cererii debitorului ține de caracterul voluntar al cererii debitorului.

În reglementarea Codului comercial pentru debitor exista atât dreptul la opoziție cât și la apel (acum recurs), dar exercitate la alegere; alegând o cale, o pierdea pe cealaltă. În raport cu reglementarea Legii nr. 85/2006 împotriva hotărârii de deschidere a procedurii în urma admiterii propriei cereri introductive, la dispoziția debitorului a rămas doar recursul.

Nu se poate reține că în ipoteza în discuție recursul ar fi o posibilitate și pentru alte persoane interesate - creditori, asociați/acționari - ca și în cazul cererilor de intervenție formulate la judecata cererii debitorului în primă instanță, pentru că nu la această posibilitate se referă caracterul public al deschiderii procedurii, iar opinia în sens contrar are o susținere minoritară în doctrina juridică, invocându-se reglementarea franceză în domeniu deși legea română este diferită. Creditorii nu pot face recurs împotriva încheierii de deschidere, direct, indiferent de dispozițiile legale care prevăd că orice hotărâre a judecătorului sindic este supusă recursului (pe de altă parte, legea le conferă creditorilor expres dreptul la opoziție). Aceasta pentru că sub aspectul în discuție, dispozițiile art. 32 alin. (2) derogă, cu caracter special de la dispozițiile art. 12 alin. (1) din lege. Mai mult, nefiind parte la judecata cererii debitorului în primă instanță, creditorii nu pot ataca cu recurs hotărârea de deschidere, altfel ar însemna să fie judecați

pentru prima dată în recurs, contrar principiului dublului grad de jurisdicție. Legea specială prevede recursul, dar nu are și o prevedere expresă derogatorie în sensul că și alte persoane decât părțile la judecata în primă instanță ar putea formula această cale de atac. Potrivit dreptului comun, compatibil deci aplicabil sub acest aspect, recursul este declarat doar de părțile din judecata în primă instanță, cărora le sunt opozabile judecata și hotărârea în primă instanță. Prin prisma dreptului comun pentru formularea recursului trebui mai întâi o judecată în contradictoriu; prin urmare, creditorii trebuie obligatoriu să uzeze mai întâi de calea opoziției, care deschide în mod concret în primă instanță judecata în contradictoriu și numai dacă se respinge opoziția pot face recurs. Astfel, opoziția constituie o modalitate de introducere și a creditorilor în judecata în primă instanță, referitor la cerințele legale privind deschiderea procedurii.

În cazul debitorului titular al cererii introductive, acesta are dreptul la recurs împotriva hotărârii de deschidere la cererea proprie, pentru motive diferite de ale creditorilor, fiind parte la judecata în primă instanță, chiar dacă judecata respectivă nu s-a realizat efectiv în raport cu altă parte.

În concluzie, rezultă că opoziția, astfel cum este reglementată în legea specială în vigoare, nu este o cale de atac, ci o modalitate de contestare specifică materiei insolvenței, de apărare a creditorilor față de cererea introductivă a debitorului, prin care sunt aduși în fața judecătorului sindic și cei care au lipsit în judecata cererii respective - creditorii, sub aspectul contradictorialității, această modalitate fiind în mod obligatoriu prealabilă recursului pentru creditorii.

5.4. Termenul de formulare a opoziției

Termenul în care poate fi formulată opoziția de către creditorii este de 15 zile de la notificare și trebuie apreciat ca un termen de decădere. Termenul în discuție fiind unul de procedură, se calculează pe zile libere. Formularea opoziției după împlinirea termenului va atrage respingerea acestei cereri ca tardiv formulată. Important este, în funcție de modalitățile notificării efectuate potrivit art. 61, când se apreciază în

concret îndeplinită notificarea față de creditorii. Pentru fiecare dintre creditorii termenul curge separat, de la data îndeplinirii în mod individual a notificării.

5.5. Judecata opoziției

Legea prevede expres judecata opozițiilor într-un termen de 10 zile. Legiuitorul prevede un termen de judecată scurt pentru asigurarea celerității necesare, dar în lipsa prevederii unei sancțiuni, trebuie considerat un termen de recomandare. Dispozițiile art. 32 alin. (2) din lege nu prevăd, însă, clar momentul de la care curge acest termen, dar prevede art. 62 alin. (1) lit. a): de la data expirării termenului de 15 zile de depunere a opozițiilor. Prin urmare, dispoziția din textul art. 32 alin. (2) trebuie interpretată în ansamblu în sensul că se va aștepta 15 zile de la fiecare dintre datele la care s-a îndeplinit individual procedura pentru fiecare dintre creditorii, în modalitățile prevăzute de art. 61, după care, pentru judecata tuturor eventualelor opoziții formulate, se va stabili un termen de maxim 10 zile.

Legea specială nu prevede expres decât citarea, dar fiecare opoziție se va comunica debitorului și practicianului în insolvență, fiind vorba de o judecată în contradictoriu a acestor cereri. Se comunică debitorului, deoarece rămânerea sau nu în procedură îl privește în mod direct pe acesta, iar în opoziție trebuie să își păstreze dreptul de a se prezenta personal, nu prin practicianul în insolvență sau administratorul special, deoarece astfel a stat în judecata cererii sale introductive. Deasemenea, se comunică practicianului în insolvență, pentru că încheierea de deschidere este, totuși, executorie și eventuala admitere a opoziției trebuie să îi fie opozabilă și acestuia; considerăm că până la soluționarea opoziției administratorul judiciar/lichidatorul trebuie nu să manifeste reținere sau să stopeze continuarea procedurii, ci, având în vedere că opoziția aparține creditorilor, în raport cu care se asigură caracterul colectiv al procedurii, trebuie să se limiteze (ca și celelalte organe implicate, în ceea ce privește atribuțiile lor) numai la măsuri de felul celor de inventariere și conservare a bunurilor debitorului, verificarea creanțelor, judecarea contestațiilor, reprezentarea debitorului în justiție,

suspendarea urmăririlor individuale împotriva debitorului etc., dar nu vor fi admisibile, decât sub rezerva dovedirii urgenței, măsuri de genul executării în sensul lichidării patrimoniului debitorului, fără ca aceasta să fie interpretată drept o amânare a executorialității încheierii de deschidere a procedurii, cum au apreciat unii autori.

Potrivit art. 32 alin. (2), la judecata opoziției vor fi citați administratorul judiciar/lichidatorul, debitorul și creditorii care se opun deschiderii procedurii, formulând opoziție (*per a contrario*, nu vor fi citați și creditorii care nu au formulat opoziție), aceștia urmând să fie părți și în recursul împotriva hotărârii de soluționare a opoziției. Vor putea formula opoziția nu numai creditorii notificați expres, ci și cei care nu au fost notificați, deoarece termenul curge față de toți creditorii de la publicarea în Buletinul procedurilor de insolvență.

Același judecător sindic va putea judeca atât cererea de deschidere formulată de debitor cât și opoziția, legea specială prevăzând expres această posibilitate, fără a putea fi vorba de incompatibilitate, recuzare sau abținere. Nici din punct de vedere subiectiv judecătorul sindic nu trebuie să aibă rezerve, referitor la posibilitatea de a-și revoca propria hotărâre, pentru că deși judecata opoziției poate purta asupra aceluiași elemente, susținerile pe care trebuie să le analizeze aparțin altor părți decât în judecata cererii introductive a debitorului, deci nu va fi vorba de aceeași judecată în cele două cazuri, sub aspectul părților, iar dacă a greșit în prima judecată, cu atât mai mult. De altfel, o oarecare similitudine există cu contestația în anulare (fără a se confunda cu aceasta), opoziția fiind tot o cale de retractare a propriei hotărâri.

5.6. Motivarea opoziției

În doctrină s-a apreciat, într-o opinie, că în lipsa unor dispoziții exprese ale legii, pe calea opoziției pot fi invocate orice fel de motive și că numai în principal se vizează elementele privind îndeplinirea condițiilor legale prevăzute de lege pentru deschiderea procedurii.

Or, este adevărat că legea nu distinge expres asupra motivelor, dar face precizarea că opoziția se face la deschiderea procedurii, iar elementele privind condițiile de deschidere a procedurii sunt reglementate

legal și trebuie analizate prin hotărârea de deschidere împotriva căreia se face opoziția. Stabilirea motivelor admisibile de opoziție nu înseamnă a adăuga la lege. Apoi, simplul fapt că, la fel ca în recurs și prin opoziție se poate reveni asupra deschiderii procedurii, nu e suficient să conducă la concluzia că din moment ce în recurs se pot invoca orice motive și în opoziție se poate face la fel, cu atât mai mult cu cât opoziția, chiar și în opinia discutată nu e considerată o cale de atac în sensul dreptului comun.

Considerăm că în motivarea opoziției se poate invoca orice aspecte în legătură cu condițiile legale de deschidere a procedurii, mai bine zis referitoare la lipsa, neîndeplinirea lor la momentul judecării cererii introductive:

- faptul că debitorul nu face parte din categoriile prevăzute de art. 1,
- inexistența stării de insolvență (sub aspectul creanțelor/disponibilităților bănești). În cazul cererii introductive a debitorului dovada este îngreunată, atât de valoarea în sens contrar a cererii debitorului, cât și de lipsa documentelor contabile specifice. Se poate însă dovedi reaua-credință (evidentă dacă a susținut, de exemplu, că e în insolvență dar dispunea de lichidități necesare) sau eroarea debitorului referitor la aceste aspecte, prematuritatea cererii. Aceste motive pot fi invocate și direct în recurs, de către cei care pot promova această cale de atac.

Practic, oponenții urmăresc revocarea hotărârii de deschidere pentru lipsa condițiilor legale prevăzute pentru deschiderea procedurii – având în vedere în acest sens condițiile de fond: debitorul să facă parte din categoriile prevăzute de art. 1 (domeniul de aplicare), cele privind creanța – disponibilitățile. Probând lipsa unora sau a tuturor cerințelor legale (ele sunt prevăzute a fi îndeplinite în mod cumulativ) se va dovedi greșeala făcută de tribunal la judecata cererii introductive.

Pornind de la cele enumerate, oponenții pot motiva inclusiv referitor la documentele prevăzute de art. 28 alin. (1), dar, bineînțeles, în legătură cu cerințele legale pentru deschiderea procedurii.

Se va putea susține și existența cazurilor legale care împiedică debitorul să mai formuleze o cerere introductivă (de exemplu, dacă debitorul a mai fost în procedura reorganizării în ultimii 5 ani).

Oponenții vor putea susține abuzul de drept al debitorului care a formulat prematur cererea introductivă mai înainte de a exista o stare de

insolvență iminentă sau actuală, ca tactică de presiune pentru a obține reducerea creanțelor, pentru a bloca o executare etc.

Din moment ce creditorii oponenți nu au participat la judecata cererii introductive a debitorului, ei nu vor putea invoca drept motive greșeli de procedură, cu excepția, considerăm noi a celor care atrag nulitatea absolută, prin prisma respectării interesului general, cum ar fi necompetența (secției de insolvență) a tribunalului care a pronunțat hotărârea de deschidere a procedurii, competență care este prevăzută a fi exclusivă; de exemplu, creditorii nu vor putea invoca greșita citare a debitorului în judecata cererii introductive a acestuia, la care nici nu au fost parte, un astfel de motiv personal putând fi invocat doar de debitor prin recurs.

În raport cu forma inițială a dispozițiilor art. 32 alin. (2) era posibilă invocarea drept motiv de opoziție și greșita indicare a felului procedurii, generală sau simplificată, cu privire la care s-a dispus deschiderea. Aceasta deoarece forma inițială a textului de lege nu limita modurile de soluționare aplicabile opoziției, în ipoteza admiterii, având în vedere reformarea în general a hotărârii de deschidere, ceea ce implica atât posibilitatea revocării acestei hotărâri în sensul respingerii cererii de deschidere cât și posibilitatea doar a schimbării hotărârii respective sub unele aspecte, cu menținerea deschiderii procedurii.

Prin modificarea textului de lege, în forma menționată la începutul acestei secțiuni, legiuitorul a precizat expres că prin admiterea opoziției nu se poate păstra deschisă procedura ci se revocă încheierea de deschidere. Prin urmare, nu mai este vorba de posibilitatea unei reformări în general. Practic, modificarea intervenită limitează modul de soluționare a opoziției în cazul admiterii acesteia, doar la revocarea hotărârii de deschidere, în sensul respingerii cererii introductive, fără a se mai putea doar schimba hotărârea respectivă sub unele aspecte secundare. Oricum, în cazul unei greșite deschideri a procedurii în ceea ce privește felul acesteia (procedura generală în loc de aceea simplificată sau invers), există posibilitatea remedierii în alt mod, în cadrul derulării imediate a procedurii deschise (perioada de observație), pornindu-se de la rapoartele pe care le întocmește practicianul în insolvență în baza de art. 54 și/sau art. 59 din lege, care trebuie să se refere în cuprinsul lor și

la măsura în care subzistă sau nu, la acel moment, criteriile privind deschiderea procedurii generale sau simplificate.

Din cele arătate rezultă, evident că modificarea textului de lege nu a vizat doar o exprimare mai clară a acestuia, ci o modificare de conținut.

În același context și motivul de opoziție vizând neкомпetența materială a tribunalului care a pronunțat hotărârea de deschidere comportă discuții, în sensul că admiterea opoziției pentru acest motiv implică nu numai revocarea hotărârii de deschidere, ci și declinarea competenței în soluționarea cererii introductive. Or, o astfel de soluție corespunde totuși dispozițiilor exprese ale art. 32 alin. (2), implicând revocarea deschiderii procedurii, declinarea competenței neschimbând voința legiuitorului în sensul arătat.

În legătură cu măsura în care oponentii pot să motiveze că atunci când s-a pronunțat hotărârea de deschidere a procedurii condițiile legale în acest sens erau îndeplinite, dar între timp, până la judecata opoziției s-au produs fapte noi în raport cu care debitorul nu mai este în stare de insolvență, a se vedea secțiunea privind „Aprecierea condițiilor legale de deschidere în primă instanță, în opoziție și recurs”, în continuarea lucrării de față.

5.7. Ordinea judecării opoziției și recursului

Dacă creditorii fac opoziție și, totodată și debitorul face recurs, în raport cu textele de lege aplicabile rezultă că mai întâi se judecă opoziția și apoi recursul, altfel, în ordinea inversă, s-ar ajunge ca tribunalul, în primă instanță, să aibă ultimul cuvânt după instanța de recurs, iar nu invers cum este firesc și nici nu s-ar asigura o jurisdicție unitară; practic, opoziția se poate face împotriva unei încheieri de deschidere care nu a rămas irevocabilă.

5.8. Soluții în opoziție în raport cu art. 32 alin. (2) în forma inițială și aceea actuală

În raport cu dispozițiile art. 32 alin. (2) teza II în forma inițială din Legea nr. 85/2006 se putea respinge opoziția (ca și în baza aplicării

normelor în vigoare în prezent), dar legiuitorul a considerat necesar să reglementeze expres și ipoteza admiterii opoziției, ipoteză asupra căreia vom face referire în continuare.

Ca urmare a admiterii opoziției se putea revoca încheierea de deschidere a procedurii; dar, simpla revocarea a încheierii de deschidere (care, în principiu, nu poate interveni după ce aceasta rămâne irevocabilă) nu rezolva în întregime situația. Întru această rezolvare ar trebui să se considere că simpla revocare lasă ca și nesoluționată cererea de deschidere, astfel că pentru aceleași rațiuni (cu unele excepții) pentru care s-a admis opoziția, revocând încheierea de deschidere judecătorul sindic trebuie să dispună, în plus și respingerea cererii debitorului.

În doctrină s-a susținut că revocarea este o modalitate de închidere a procedurii, opinie care ar trebui să fie considerată valabilă, din moment ce este vorba de o procedură deja deschisă prin hotărâre definitivă, care trebuie închisă prin admiterea opoziției, iar această soluție a fost aleasă de legiuitor și pentru o altă ipoteză similară, aceea prevăzută de art. 134 alin. (1). Împotriva acestei opinii se poate invoca, însă, faptul că un astfel de caz de închidere nu este prevăzut expres de lege și, deci, nu poate fi avut în vedere. Efectele celor două soluții diferite sunt la rândul lor diferite. Respingerea cererii introductive este mai corectă din punct de vedere juridic, chiar dacă închiderea procedurii pare mai adecvată specificului procedurii (inclusiv sub aspectul posibilității de aplicare a art. 134 alin. (2), astfel că era de reținut această soluție). De altfel, trebuie precizat că dispozițiile art. 32 alin. (2) presupuneau în toate ipotezele pe care le aveau în vedere și pronunțarea pe cererea introductivă; textul de lege face mai mult o descriere a ipotezei dar ceea ce se dispune efectiv de judecătorul sindic înseamnă nu numai admiterea opoziției, revocarea hotărârii de deschidere, ci și respingerea cererii introductive a debitorului. În mod similar se procedează și în cazul contestației în anulare, de exemplu.

În forma inițială a art. 32 alin. (2), admitându-se opoziția, se mai putea dispune și păstrarea procedurii deschise, cu consecința calificării cererii introductive a debitorului ca fiind prematură.

Această din urmă soluție ridică probleme de interpretare, opiniile mai importante exprimate sub acest aspect urmând să fie redată în

continuare, cu mențiunea că nici una dintre ele nu a reușit să fie pe deplin convingătoare.

Astfel, într-o opinie s-a apreciat că este vorba de ipoteza unei insolvențe premature, care ar însemna existența unor premise de insolvență aflată în „antecamera” insolvenței iminente (adică și mai puțin decât aceasta din urmă), o insolvență în germinare. Iminența insolvenței iminente determină judecătorul sindic, în scop pragmatic, să lase deschisă procedura, pentru a vedea cum evoluează situația în care se află debitorul. Dacă în acest termen de grație, a cărei durată trebuie să fie rezonabilă, se ajunge la insolvență iminentă sau chiar actuală, în continuare se va face aplicarea reglementării procedurii insolvenței, dar judecătorului sindic îi vor lipsi instrumentele normale pentru că admitându-se opoziția nici nu a fost desemnat practicianul în insolvență, care să îi facă legătura în fapt cu debitorul. Mai mult, formularea din text în sensul posibilității deschiderii ulterioare a procedurii la cererea debitorului sau creditorilor, deși se deschisese anterior și prin opoziție se păstrează deschisă, s-a apreciat a fi o gravă greșeală a legiuitorului. În mod corect ar fi trebuit să se aibă în vedere „cereri de revenire” ulterioare asupra deschiderii procedurii.

Or, diferit de opinia menționată, în realitate legiuitorul nu reglementează insolvența prematură, ci cererea prematură și, tot prin prisma reglementării existente, mai puțin decât insolvența iminentă înseamnă lipsa stării de insolvență. Ideea lăsării în mers a judecății, pentru a vedea ce se întâmplă cu debitorul, este improprie unei judecăți obiective. Admiterea opoziției este prevăzută a se face cu mențiunea lăsării deschise a procedurii, deci a caracterului executoriu al încheierii de deschidere, prin care a fost sau trebuia desemnat practicianul în insolvență.

Într-o altă opinie s-a apreciat că păstrarea deschisă a procedurii cu admiterea opoziției este posibilă doar în cazul în care se consideră cererea debitorului prematură, dar se poate considera astfel doar în ipoteza în care nu este vorba de o insolvență actuală ci de o insolvență iminentă. Prin urmare, dacă judecătorul sindic găsește cererea prematură va trebui să dispună deschiderea procedurii pe ideea că e vorba de insolvența iminentă. Dar, practic nu există cazuri de cerere

prematură în cazul debitorului, deoarece prematuritatea presupune insolvența iminentă, pentru care se deschide procedura.

Or, dacă e prematură cererea și în cazul cererii debitorului, judecătorul sindic ar trebui să închidă procedura și, dacă se păstrează deschisă, înseamnă că nu este vorba de o cerere prematură, ci de o insolvență iminentă.

Printr-o altă opinie s-a susținut că încheierea de deschidere a procedurii, prin care s-a reținut starea de insolvență, ajunge să fie definitivă și, foarte probabil, și irevocabilă până la momentul judecării opoziției (personal consider că în ordinea procedurală opoziția trebuie judecată anterior recursului, existând chiar argumente ca judecata recursului să se și suspende până la soluționarea opoziției). Odată cu admiterea opoziției (care înseamnă că s-a considerat deschisă greșit procedura) dacă se alege păstrarea deschisă a procedurii fără o altă explicație, aceasta ar fi contradictoriu din punct de vedere rațional. Legiuitorul dă, însă, și explicația necesară arătând nu numai cum, dar și în ce scop se menține deschisă procedura: calificându-se cererea introductivă ca prematură. Scopul, chiar dacă nu este spus expres în art. 32, poate rezulta din dispozițiile art. 27 alin. (4) referitor la atragerea răspunderii patrimoniale pentru cerere prematură și anume, acțiunea în atragerea răspunderii pentru cerere prematură (ca acțiune intrinsecă din procedura generală a insolvenței).

Această opinie putea fi apreciată ca valabilă, cu unele precizări. Astfel, la momentul la care se admite opoziția și se păstrează deschisă procedura pentru soluționarea acțiunii în atragerea răspunderii, această acțiune poate să nu fi fost încă formulată. Tocmai de aceea se poate păstra deschisă procedura, ca să se poată formula acțiunea. De altfel, legiuitorul folosea formularea „poate păstra deschisă”, deci nu era obligatoriu să o facă. Dacă acțiunea nu este încă formulată la momentul judecării opoziției, judecătorul sindic nu are de ce să păstreze deschisă procedura, ci va revoca încheierea de deschidere, cu respingerea cererii introductive formulată de debitor, nemaifiind sesizat sub aspectul acțiunii în atragerea răspunderii. Se poate, însă, păstra deschisă procedura generală (pentru că dispare prin sentința pe opoziție procedura propriu-zisă declanșată prin încheierea de deschidere) pentru a da posibilitate formulării și judecării acțiunii în răspundere.

Este de menționat că deși interpretarea rezultând din această opinie era cea mai în măsură să elimine neconcordanțele din textul art. 32 alin. (2) teza II în forma inițială, acest text reprezenta o gravă greșală de formulare a legiuitorului, astfel încât nici scopul urmărit prin acea reglementare nu era clar decelabil și nici soluțiile propuse nu puteau fi sigure. Prin urmare, se impunea o remediere a textului de către legiuitor.

*

În cazul soluționării opoziției în sensul respingerii acesteia, soluția respectivă nu poate modifica data deschiderii procedurii, care rămâne aceea din încheierea de deschidere.

În ipoteza în care se admite opoziția, cu consecința revocării încheierii de deschidere, în sensul respingerii cererii introductive a debitorului, deschiderea ulterioară a procedurii, fie la cererea debitorului, fie a creditorilor nu va putea modifica data apariției stării de insolvență. Aplicarea acestor dispoziții nu a fost avută în vedere de legiuitor în contextul soluționării eventualului recurs împotriva încheierii de deschidere a procedurii, promovat de debitor, sau împotriva hotărârii de soluționare a opoziției, promovat de creditorii. De asemenea, nu se poate considera că dispozițiile în acest sens au fost avute în vedere pentru aplicarea în raport cu două stări de insolvență distincte, ambele reale, în care ar intra succesiv debitorul, prima fiind aceea pretinsă prin cererea introductivă respinsă prin admiterea opoziției, iar a doua fiind ulterioară celei pretinse inițial, ci în raport cu una și aceeași stare de insolvență privind debitorul, care însă prin cererea inițială a debitorului a fost pretinsă a exista în mod nereal, dovadă că opoziția este admisă, dar mai intervine în mod efectiv și ulterior. Prin urmare constituie doar o aparență aprecierea în sensul că prin hotărârea de deschidere ulterioară se recunoaște existența stării de insolvență negată prin hotărârea din opoziție, încălcându-se autoritatea de lucru judecat a acesteia din urmă, în sens contrar. Dispozițiile în discuție trebuiau citite corect, dincolo de aparențe. În realitate legiuitorul a avut în vedere situația în care în mod corect s-a reținut prin opoziție că nu exista la acel moment insolvența iminentă sau actuală, dar ulterior una dintre aceste forme ale insolvenței intervine în mod real, în contextul unei noi cereri introductive, a debitorului sau a creditorilor. Legiuitorul nu a avut de gând nici să

acorde cererii inițiale a debitorului un eventual beneficiu pentru o corectă anticipare, pentru că așa ceva nu constituie obiectul reglementării, ci prin formularea „nu va putea modifica data apariției stării de insolvență” s-a referit nu la data pretensei (dovedită în opoziție ca nereală) stări de insolvență la care se făcuse referire în cererea inițială a debitorului, ci, din contră, a stabilit că se va avea în vedere data apariției în mod real a stării de insolvență (evident, ulterioară datei hotărârii din opoziție) în raport cu care a intervenit deschiderea ulterior, fără a se atribui vreo consecință sub acest aspect celei pretense inițial de debitor.

Această interpretare avea efecte juste chiar și în situația în care creditorii ar fi putut avea interesul de a li se admite opoziția - și ar fi obținut admiterea acesteia, incorect - nu pentru că în realitate debitorul nu ar fi în insolvență, ci pentru a înlătura cererea introductivă a acestuia, care îl avantajează pe debitor, în favoarea unei cereri proprii de deschidere a procedurii, pentru că în urma deschiderii la cererea proprie, perioada suspectă se va calcula în urmă de la data apariției insolvenței. Aceeași ipoteză poate fi avută în vedere chiar cu privire la debitor.

*

Textul inițial al art. 32 alin. (2) a mai fost modificat și în sensul înlăturării dispozițiilor prin care se prevedea că reaua-credință a debitorului trebuie dovedită de creditorul care se opune la deschiderea procedurii, pentru că induceau ideea că opoziția poate fi admisă nu doar în raport cu motivele privind cerințele legale pentru deschiderea procedurii, ci dacă se probează reaua-credință a debitorului, ca unic motiv de opoziție. Oricum, potrivit dreptului comun, reaua-credință trebuie dovedită întotdeauna, iar în legătură cu legea specială aceasta nu se corelează cu aspectul cerințelor legale pentru deschiderea procedurii, ci cu acțiunea în despăgubiri care poate fi formulată împotriva debitorului față de prima cerere introductivă.

*

În virtutea prevederilor art. 12 din Legea nr. 85/2006 în sensul că orice hotărâre a judecătorului sindic este definitivă și executorie și hotărârea din opoziție (de exemplu, aceea de revocare a deschiderii procedurii etc.) este și ea imediat executorie, trebuind să își producă toate efectele de îndată, fără să se aștepte să devină de irevocabilă

autoritate. Prin urmare, în cazul, de exemplu al hotărârii de revocare a deschiderii procedurii, încetează sechestrarea bunurilor, desesizarea debitorului etc. nemaexistând o deschidere a procedurii. Faptul că în recurs se poate reveni asupra revocării deschiderii procedurii constituie o altă problemă.

*

După cum s-a mai arătat, împotriva hotărârii prin care s-a admis cererea debitorului și s-a deschis procedura, creditorii nu pot formula direct recurs, (un astfel de recurs trebuind să fie respins ca inadmisibil).

Împotriva sentinței prin care se soluționează opoziția, iar nu a celei de deschidere a procedurii, creditorii (și celelalte părți din judecata acesteia, iar nu și terți față de judecată, cum ar fi creditori care nu au făcut opoziție – *omisso medio*), pot formula recurs, în conformitate cu art. 12 din lege. Pentru formularea recursului sentința trebuie comunicată părților, potrivit art. 7, prin publicare în Buletinul procedurilor de insolvență.

§6. Aprecierea îndeplinirii cerințelor legale pentru deschiderea procedurii în primă instanță, în opoziție și în recurs

Sub acest aspect trebuie avut în vedere că cerințele legale pentru deschiderea procedurii trebuie îndeplinite în mod cumulativ.

Potrivit art. 33 pct. 5 din lege, dacă nu se dispune deschiderea procedurii, cererea introductivă nu are nici un efect.

În cazul deschiderii procedurii, hotărârea în sensul respectiv este executorie, ceea ce înseamnă că procedura deschisă deja se derulează în continuare în primă instanță, chiar dacă se declară recurs împotriva acestei hotărâri. În cadrul continuării procedurii în paralel cu recursul se întâmplă frecvent ca în fapt :

a) să se depună, până la soluționarea recursului, declarații de creanță și de către alți creditori decât titularul cererii introductive

b) să se plătească de către debitor, ajutat sau nu și de către un terț, creanța pretinsă prin cererea introductivă, ca demers propriu iar nu potrivit reglementării Legii nr. 85/2006 (și, de asemenea, în aceleași condiții, să se plătească sau nu și celelalte creanțe declarate după

deschiderea procedurii – dar nu acest aspect, ci plata creanței din cererea introductivă este avută în vedere în acest context).

Referitor la terța persoană, prin implicarea acesteia se urmărește, de exemplu, eludarea dispozițiilor art. 46 din Legea nr. 85/2006 care prevăd nulitatea unei astfel de plăți; după plata de către terț a creanței creditorului titular al cererii introductive, se pretinde de către terț subrogarea în drepturile creditorului și în această calitate formulează renunțarea la judecata cererii introductive.

Ce efect vor avea aceste două aspecte intervenite, astfel cum au fost indicate la lit. a) și b) de mai sus, asupra judecării în recurs?

În ceea ce privește primul aspect (lit. a), vor putea fi părți în recursul împotriva hotărârii de deschidere și creditorii care au depus ulterior deschiderii cereri de creanță?

În privința răspunsului, trebuie avut în vedere că în recurs pot avea, în general, calitate de părți persoanele fizice sau juridice care au avut calitate procesuală și la judecată în primă instanță, astfel cum sunt menționate în hotărârea atacată. Creditorii care au depus declarații de creanță după deschiderea procedurii nu au calitate de părți în recursul privind hotărârea de deschidere a procedurii (și cu atât mai mult în cazul celei prin care s-a respins cererea introductivă a creditorului), din moment ce depunerea declarației este un act de procedură ulterior pronunțării hotărârii atacate, care nu a făcut obiectul judecării în primă instanță prin hotărârea respectivă. Referitor la administratorul judiciar/lichidatorul desemnat prin hotărârea de deschidere a procedurii, dispoziția de desemnare a acestuia intervine practic tot după dispunerea deschiderii procedurii, în cadrul dispozitivului hotărârii, ceea ce din punct de vedere tehnic înlătură calitatea de parte în recurs a acestuia; dat fiind, însă, că desemnarea lui intervine prin aceeași hotărâre, ar exista rațiunea derulării judecării recursului și în raport cu administratorul judiciar respectiv – dar cel mult pentru opozabilitate și față de acesta, nu însă și sub aspectul îndeplinirii condițiilor legale privind deschiderea procedurii (ar mai putea să pună concluzii în virtutea faptului că a efectuat unele atribuții în continuarea procedurii, pentru care i se cuvine onorariul – îndeosebi când recursul împotriva hotărârii de deschidere a procedurii se judecă după o îndelungată perioadă de continuare a procedurii, după deschiderea ei prin hotărârea recurată etc.).

În ceea ce privește al doilea aspect (lit. b), în recursul formulat împotriva hotărârii de deschidere a procedurii, ținându-se cont de plata creanței din cererea introductivă, poate recurentul să susțină că atunci când a pronunțat hotărârea de deschidere tribunalul nu a comis nici o greșală, condițiile legale de deschidere fiind pe deplin îndeplinite la acel moment, dar între timp, după deschidere au intervenit fapte noi (plata creanței), care fac ca debitorul să nu se mai afle în stare de insolvență, astfel că se impune modificarea prin recurs a hotărârii atacate în sensul respingerii cererii introductive?

Răspunsul implică stabilirea măsurii în care trebuie să se raporteze judecata recursului la starea (de insolvență a debitorului) de la data judecării în fond sau de la data judecării recursului. Se va raporta instanța de recurs, ca și judecătorul sindic, doar la data judecării cererii introductive sau trebuie să aibă în vedere și actele de procedură ulterioare (plățile)? Jurisprudența a fost și este împărțită în ceea ce privește acest aspect, atât în timp cât și în spațiu.

Aspectul în discuție poate interveni atât în cazul opoziției cât și în recurs; pentru simplificarea lucrării, vom avea în vedere analiza doar în raport cu recursul, susținerile urmând să fie avut în vedere în mod corespunzător și pentru opoziție.

De asemenea, se va avea în vedere ipoteza plății de către debitor a creanței din cererea introductivă (cazul 1), distinct de ipoteza plății altor creanțe depuse după deschiderea procedurii (cazul 2).

*

În cazul 1, pentru a se avea în vedere în recurs plata creanței din cererea introductivă, efectuată ulterior deschiderii procedurii se poate invoca faptul că plata creanței de către debitor dovedește că acesta dispune de lichiditățile bănești corespunzătoare și, în consecință, în mod greșit se mai reține prin hotărârea atacată că ar fi în insolvență.

Într-o opinie se admite ridicarea stării de deschidere a procedurii pentru fapte petrecute după pronunțarea hotărârii de deschidere a procedurii din care rezultă că debitorul nu mai este în insolvență, faptele noi putându-se invoca pe calea recursului (sau a opoziției). Instanțele au dat hotărâri în acest sens bazându-se pe argumentul că sentința de deschidere are caracter constitutiv, creând o nouă situație de drept, bazată pe o situație de fapt actuală, care trebuie să dureze în momentul

în care se judecă în contradictoriu recursul; în plus s-a mai spus că recursul ar avea, în raport cu art. 304¹ C. proc. civ. și un anume caracter devolutiv (ceea ce nu este deloc așa).

O speță în care s-a pronunțat instanța în acest sens este, în rezumat, următoarea: față de debitorul X se deschide procedura, după care un terț achită toți creditorii debitorului și îi acordă debitorului, pentru a fi plătit la rândul lui de acesta, un termen de câțiva ani. În raport cu acestea, debitorul face recurs cerând modificarea hotărârii de deschidere în sensul respingerii cererii introductive a creditorului, ca neînteimeiată, deoarece nu se mai poate reține că s-ar (mai) afla în încetare de plăți. Recursul s-a admis argumentându-se astfel: prin recurs se urmărește să se înlăture o judecată greșită și să se repună în discuție punctele de litigiu. Pentru debitor recursul este momentul în care încetarea sau nu a plăților se poate stabili în mod contradictoriu. Urmare a plăților efectuate de debitor față de toți creditorii, la momentul judecății în contradictoriu a recursului încetarea de plăți nu mai există.

Într-o altă opinie s-a susținut că odată dovedită încetarea plăților și deschisă procedura, nu se mai poate reveni în recurs (sau în opoziție) asupra deschiderii procedurii pe motiv că debitorul a achitat ulterior deschiderii pe toți creditorii. Se argumentează în acest sens, astfel: 1) - achitarea creditorilor s-a efectuat nelegal, contrar prevederilor Legii nr. 85/2006, cu mijloace neexistente în patrimoniul debitorului la momentul deschiderii procedurii, plata astfel făcută neconstituind nici un mod legal de închidere a procedurii; 2) - deschiderea procedurii se face și într-un scop de ordine publică, de asigurare a bunei derulări, în primul rând a comerțului, astfel că nu există dreptul creditorilor de a tranzacționa cu debitorul în această situație; 3) - este foarte posibil să mai existe și alți creditori ai debitorului decât cei plătiți astfel.

Prin urmare potrivit acestei opinii nu se poate revoca deschiderea procedurii prin recurs pentru fapte noi, posteriore deschiderii procedurii, atunci când la data deschiderii debitorul îndeplinea condițiile legale pentru deschidere. Desigur că există interesul în sens contrar (neradierea debitorului și păstrarea lui, păstrarea astfel a unei afaceri profitabile). Pentru a se obține revocarea deschiderii în recurs trebuie să se dovedească darea hotărârii atacate în mod netemeinic și nelegal în ceea ce privește condițiile de fond și nu se poate revoca o hotărâre dată

pe condiții de fapt deplin justificate, pentru motivul că mai înainte de a deveni și irevocabilă, debitorul a obținut amânarea plății de la creditorii sau a plătit cu sume străine de patrimoniul lui sau dobândite de el după deschidere, chiar dacă revocarea ar fi cerută de către creditorii însași, deoarece deschiderea procedurii este de ordine publică iar faptele ulterioare nu pot să aibă un efect retroactiv și să schimbe o hotărâre dată legal, nici să schimbe în injust ceea ce a fost găsit ca fiind just, apreciindu-se că nu este în stare de insolvență debitorul care era în mod real în acea stare la momentul judecării, dat fiind că încetase plățile efectiv, nemaiaivând disponibilități bănești.

În ansamblu, această din urmă opinie nu acceptă revenirea în recurs asupra deschiderii procedurii pentru următoarele motive:

- asupra deschiderii procedurii se poate reveni doar dacă se dovedește că față de cel împotriva căruia s-a deschis procedura nu erau în realitate îndeplinite condițiile legale de deschidere la acel moment, instanța putând și trebuind să constate doar situația de fapt de la acel moment.

- dacă hotărârea de deschidere a fost bine dată, nu se poate reveni asupra ei pentru fapte ulterioare, cum ar fi plata creditorilor. Pot fi, însă, dovedite și avute în vedere fapte noi, dar existente la momentul deschiderii procedurii, pe care nu le-a cunoscut instanța atunci, stabilind-se corect situația de la acel moment.

- revenirea asupra deschiderii procedurii nu se poate realiza în recurs pe motiv că s-au achitat creditorii, deoarece procedura insolvenței este de ordine publică, cu privire la care părțile nu pot deroga prin învoieli contrare dispozițiilor legale care o reglementează. Astfel de învoieli pot interveni doar înainte de deschidere, când nu există masa credală; or, după deschiderea procedurii se instituie masa credală și cât aceasta nu a fost nici determinată trebuie aplicate strict regulile insolvenței. Din momentul în care se deschide procedura, orice învoială sau plată între debitor și creditorii nu sunt legale, pentru că legea specială le interzice (art. 46). De altfel, nici nu se poate face dovada plății tuturor creditorilor, în condițiile în care mai pot exista și alți creditorii pe care în judecată instanța de recurs nu îi poate cunoaște.

- dacă s-a putea reveni în recurs astfel asupra deschiderii procedurii s-ar deschide calea abuzurilor în lichidarea datoriilor și înspre ascunde-

rea pasivului, ceea ce legea specială interzice, în interes public. Teoretic, în cazul oricărei proceduri deschise debitorul ar putea obține de la terți sume de bani cu care să facă plata creanțelor invocate împotriva lui, ceea ce ar lipsi de caracterul specific și de obiect orice procedură deschisă, eludându-se faptul că nu patrimoniul debitorului dispune în realitate de sumele respective, iar plata nu s-ar face prin modalitățile prevăzute de legea insolvenței.

- în recurs, chiar și în raport cu dispozițiile art. 304¹ nu se poate vorbi de aspectul devolutiv.

În funcție, deci, de condiția existenței stării de insolvență, trebuie analizat când a considerat legiuitorul român că devine relevantă aceasta pentru deschiderea procedurii, momentul în raport cu care trebuie apreciată și administrarea probei contrare (plata dovedind existența disponibilităților).

Această a doua opinie trebuie considerată ca fiind valabilă, având în vedere, în raport cu Legea nr. 85/2006 și următoarele aspecte:

Insolvența, în definiția dată prin art. 3 pct. 1 paragraf 1 din Legea nr. 85/2006, apare, în concret, în mod real, cel mai devreme la momentul la care intervine insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata creanței ajunsă la scadență. Practic, în fapt intervine scadența creanței și, simultan sau ulterior, și insuficiența fondurilor. Insolvența prezumată sau aceea iminentă sunt specii ale genului. În raport cu formularea dispozițiilor art. 27 și 31 din lege, după ce apare starea de insolvență se formulează cererea de deschidere și se poate da hotărârea în acest sens, fiind exclus ca insolvența să apară chiar la data hotărârii de deschidere a procedurii în cazul cererii debitorului; desigur insolvența iminentă invocată prin cererea introductivă poate fi apreciată ca existentă și la data hotărârii de deschiderii, chiar poate să fi devenit deja actuală la data respectivă, dar în mod obișnuit trebuie avută în vedere în sensul în care urmează să se instaleze ulterior, în mod iminent. În orice caz, în firea lucrurilor, de regulă momentul apariției insolvenței este diferit de cel al deschiderii procedurii, iar deschiderea procedurii față de debitor se face în raport cu momentul la care se dovedește instalarea stării de insolvență. În cazul unor reglementări străine privind insolvenței s-a prevăzut expres, că trebuie să se stabilească și data apariției stării de insolvență, de obicei în contextul deschiderii procedurii. O

astfel de dispoziție nu a fost prevăzută și în cazul Legii nr. 85/2006 (ca și al Legii nr. 64/1995, de altfel), caz în care legiuitorul a avut în vedere, referitor la deschiderea procedurii, doar momentul judecării cererii introductive, adică al pronunțării asupra admiterii sau respingerii cererii respective, fără a face vreo referire în legătură cu momentul instalării insolvenței; doar în ceea ce privește acțiunile prevăzute de art. 79-80, art. 138 apar formulări în sensul că ar trebui cunoscut și acest moment. Practic, legiuitorul român a avut în vedere momentul pronunțării hotărârii asupra cererii introductive drept momentul cheie relativ la deschiderea procedurii, la care se raportează analiza măsurii în care sunt îndeplinite condițiile legale de deschidere a procedurii (privind creanța și insuficiența disponibilităților), iar nu cel diferit al apariției insolvenței. Un astfel de moment de referință era necesar iar legiuitorul român la ales pe acesta, în locul celui la care apare efectiv insolvența.

Practic, în cadrul judecării cererii introductive judecătorul sindic reține, la momentul pronunțării hotărârii, existența (sau nu) a insolvenței fără a trebui să stabilească în mod obligatoriu și când a apărut în mod efectiv aceasta, ceea ce înseamnă că în intenția legiuitorului român, existența insolvenței e raportată la momentul pronunțării hotărârii privind judecata cererii introductive, moment la care trebuie să fie dovedită (ca menținându-se) insuficiența fondurilor bănești, iar nu la un moment anterior cuprins între data scadenței creanței și data hotărârii asupra cererii introductive, cum ar fi firească. Cererea introductivă a creditorilor nu este o adevărată acțiune, deoarece nu se tinde prin ea la valorificarea unui drept așa cum există la momentul introducerii cererii, ci la constatarea unei situații de fapt – încetarea plăților unui comerciant – ce trebuie să existe la momentul pronunțării hotărârii de deschidere; de fapt trebuie făcută precizarea că în această analiză nu se are în vedere ipoteza insolvenței iminente, care oricum este mai puțin frecventă, iar în loc de „data scadenței” trebuie citit „data scadenței + cel puțin 30 de zile”, deoarece astfel este formulată condiția respectivă de către legiuitor și numai pentru simplificarea redării analizei s-a făcut referire doar la „data scadenței”; sau, explicat altfel, după ce apare lipsa disponibilităților la momentul scadenței sau ulterior se poate întâmpla ca această situație să nu se mențină pentru că la un moment anterior judecării cererii introductive debitorul poate să dobândească banii necesari plății

creanței, caz în care trebuie considerat că starea de insolvență dispare, sau, dimpotrivă, se poate întâmpla să se mențină până la judecata cererii introductive, caz în care se va putea reține la momentul judecății că există, justificând deschiderea procedurii. Dacă se face astfel dovada stării de insolvență, cererea introductivă se admite, iar dacă nu se face această dovadă referitor la acel moment, cererea se respinge, ceea ce înseamnă, după cum s-a antamat mai sus, că anterior e posibil să fi intervenit insolvența, dar până la pronunțarea hotărârii aceasta s-a „resorbit”, a dispărut până la pronunțarea hotărârii în judecata cererii introductive. Practic, legiuitorul a lăsat la dispoziția debitorului o perioadă în care acesta își poate plăti debitul la care se referă cererea introductivă, plată care nu trebuie, pentru rigoarea aprecierii insolvenței să se facă în această perioadă doar cu fonduri proprii.

Prin urmare, în cazul în care prin recurs debitorul ar vrea să înlăture hotărârea de deschidere pe motiv că, după deschidere, a plătit creanța din cererea introductivă și deci nu ar fi în insolvență, trebuie să raporteze dovada plății tot cel mai târziu la momentul pronunțării hotărârii atacate (susținând efectuarea plății se urmărește să se dovedească faptul că nici una dintre condițiile pentru deschidere – creanțe/ insuficiența disponibilităților - nu a subzistat). Aceasta înseamnă nu numai să facă dovada în sine că a plătit, ci și că avea fondurile cu care a plătit la momentul deschiderii (și nu a plătit până atunci din diverse motive), pentru că numai astfel se probează faptul contrar celui reținut prin hotărârea atacată, în sensul că s-a reținut greșit că la acel moment nu ar fi avut fonduri suficiente și deci, că ar fi fost în insolvență. E logic să fie așa, pentru că dacă recursul se raportează la hotărârea atacată, care, după cum s-a arătat, a privit judecata având ca obiect analiza îndeplinirii condițiilor de deschidere, atunci toate aspectele trebuie raportate la acel moment „cheie”, data hotărârii de deschidere, inclusiv plata ulterioară a debitului.

Dacă plata efectuată ulterior deschiderii nu se dovedește că s-a realizat din fonduri existente și la data deschiderii procedurii (de multe ori în recurs debitorul care atacă hotărârea de deschidere a procedurii depune dovezi - extrase de cont - privind existența disponibilităților bănești, ulterioare deschiderii iar nu de la acel moment), concluzia este că aceste fonduri au apărut în averea debitorului ulterior, astfel că

aparitia lor nu mai influențează aspectul stabilirii existenței insolvenței la data deschiderii procedurii, ci constituie doar un aspect care privește solvabilitatea debitorului în procedura insolvenței legal/valabil deschisă, ceea ce nu trebuie schimbat în recurs.

Un alt argument pentru opinia susținută este faptul că atât opoziția cât și recursul intervin, din punct de vedere cronologic, după deschiderea procedurii, opoziția având chiar o legătură materială, intrinsecă, nu doar ca o modalitate de contestare, cu procedura deja deschisă. Este justificat, deci, ca în contextul acestora să se facă aplicarea regulilor specifice procedurii deja deschisă.

În foarte multe cazuri, după deschiderea procedurii debitorii, la sfatul avocaților, invocă în recurs plata ulterioară a creanței, din proprie inițiativă, susținând astfel reținerea în mod greșit a stării lor de insolvență și mai mult, că unei astfel de plăți trebuie să i se rețină cu prioritate acest din urmă efect, iar nu faptul că potrivit art. 46 din Legea nr. 85/2006 o astfel de plată ar fi nulă (art. 46 devenind aplicabil din moment ce hotărârea de deschidere este executorie). După cum s-a arătat mai sus o astfel de plată se poate lua în discuție în primul rând dacă e dovedită a se fi făcut din fonduri existente în patrimoniul debitorului la data hotărârii de deschidere a procedurii. În contextul ideii că prin judecată trebuie să se afle adevărul, care aici vizează măsura în care a existat sau nu insolvența la data pronunțării, dacă plata este dovedită sub aspectele menționate, atunci ar constitui o dovadă nouă în sensul că greșit s-a reținut starea de insolvență, cu consecința admiterii recursului și înlăturării hotărârii de deschidere a procedurii.

S-a susținut, însă, că și această din urmă idee s-ar include tot în strategia debitorului de fraudare a legii, având în vedere dispozițiile clare ale art. 46, în sensul că orice plată este nulă după deschiderea procedurii (textul nefăcând nici o distincție), astfel că un act nul trebuie apreciat ca fiind nul și ca probă, iar odată deschisă procedura, plata creanțelor nu se poate realiza legal decât potrivit reglementării legale a procedurii. O astfel de susținere este valabilă, dar cu următoarea precizare. Raportat la aspectul în discuție considerăm că obiectul judecății trebuie să fie aflarea adevărului în sensul deschiderii procedurii doar împotriva debitorilor aflați în stare reală de insolvență. În speță, hotărârea de deschidere este executorie, dar legea prevede și posibilitatea

recurării acesteia. Dispozițiile art. 46 prevăd o regulă împotriva debitorului care se poate aplica față de acesta dacă împotriva lui s-a deschis procedura, dacă se află legal în procedură, pentru motive legale reale. Or, indiferent de caracterul executoriu al hotărârii recurate, în recurs există posibilitatea dovedirii caracterului nelegal al deschiderii procedurii (dar exclusiv în sensul că la data deschiderii nu era creanță și/sau erau disponibilități) și dacă intervine o astfel de dovadă este evident că nu se poate reține nici aplicarea art. 46 față de un debitor care în realitate nu a fost în insolvență, iar continuarea procedurii depinde, în final, de măsura în care hotărârea de deschidere a procedurii rămâne și irevocabilă. Dimpotrivă, dacă la data deschiderii nu erau disponibilități, dar se dovedește că acestea au apărut ulterior, la momentul recursului, nu este cazul să se considere că în final, totuși, debitorul nu se (mai) află în insolvență și că ar trebui să se revină în recurs asupra deschiderii, pentru că, repetăm, o asemenea apariție nu constituie decât o problemă de solvabilitate a debitorului aflat deja legal în insolvență, iar scopul general al procedurii face necesară deschiderea procedurii împotriva unui debitor care se află o perioadă suficientă, relevantă în stare de insolvență, neexistând o cerință legală în sensul extinderii perioadei de apreciere și la recurs în sensul că debitorul ar trebui menținut în această stare doar dacă nu dovedește (și) în recurs că ar avea disponibilități bănești.

Considerăm că adoptarea opiniei contrare celei susținute (care acceptă revenirea asupra deschiderii în cadrul recursului și opoziției, pentru plăți ca fapte noi, nediferențiat) se face de judecători care nu sunt preocupați doar să arate consecințele dispozițiilor legale dar, în mod periculos și regretabil, își conferă și o putere discreționară pentru a da satisfacție ideii lor de echitate. Deschiderea procedurii odată pronunțată are efecte grave pentru debitor, atrăgând în sarcina acestuia incapacități care nu pot fi înlăturate legal decât, eventual, pe calea reabilitării într-o procedură complicată, posibilă dacă toți creditorii sunt interesați în aceasta. Unii judecători găsesc această situație ca fiind excesivă și privesc recursul debitorului ca pe o plângere, apreciind că decât o procedură complicată, mai bine admit recursul, asigurând astfel menținerea existenței debitorului, dincolo de regulile de drept aplicabile și săvârșind astfel un abuz împotriva creditorilor.

*

Analiza este similară și pentru cazul 2, menționat anterior.

Într-o opinie exprimată în doctrină, chiar și plata în mod valabil (în raport cu analiza de mai sus) a creditorului titular al cererii introductive, în faza de recurs nu poate avea ca urmare admiterea recursului debitorului în situația în care între timp, pe perioada recursului și alți creditori și-au declarat creanțele în procedură și încă nu au fost plătiți, recursul trebuind să fie respins cu trimiterea dosarului către judecătorul sindic care să încheie procedura.

Opinia este corectă. Astfel, dacă plata nu este valabilă în raport cu data sentinței de deschidere, atunci recursul se respinge ca nefondat și procedura va continua pentru toți creditorii. Dacă plata este valabilă pentru creditorul din cererea introductivă atunci hotărârea de deschidere recurată se modifică în sensul respingerii cererii introductive, ceea ce, potrivit art. 33 alin. (5) înseamnă că cererea respectivă nu va avea nici un efect chiar de la înregistrare, inclusiv în ceea ce privește declarațiile ulterioare de creanțe; prin urmare, nu mai există o procedură deschisă și nici declarațiile de creanță depuse de ceilalți creditori nu vor mai avea această valoare și nu vor putea justifica derularea în continuare a procedurii în ceea ce îi privește; ei vor putea depune separat cereri introductive pentru a deschide o nouă procedură. Închiderea procedurii de către judecătorul sindic nu trebuie confundată, sub aspect terminologic, cu închiderea în baza unuia din textele din legea specială, pentru că este o închidere a procedurii continuate în fața judecătorului sindic ca urmare a efectului executoriu al hotărârii de deschidere, pe perioada judecării recursului, închidere care este generată de decizia instanței de recurs de modificare a hotărârii atacate în sensul respingerii cererii introductive (de fapt, nu mai există o procedură deschisă). După cum vom arăta mai jos, nu se pune problema ca ultima hotărâre în cauză, în ipoteza discutată, să fie doar decizia din recurs.

*

Dacă se admite recursul, în sensul respingerii cererii introductive, cum se va proceda în acest caz de către tribunal, prin judecătorul sindic, în lipsa unor prevederi exprese, referitor la procedura continuată, sub aspectul încetării acesteia: se va scoate administrativ de pe rol cauza trimițând-se dosarul la arhivare sau se va dispune anularea?

Dispozițiile art. 33 din lege prevăd că cererea introductivă a creditorului rămâne fără efect dacă nu se reține starea de insolvență (ceea ce practic se întâmplă prin admiterea recursului). În practica judiciară s-a dispus în astfel de ipoteze și închiderea procedurii, deși dispozițiile art. 131 și următoarele din lege nu prevăd închiderea într-un astfel de caz. Unii creditori au declarat recurs pentru că închiderea procedurii într-o astfel de ipoteză atrage lăsarea lor fără creanță, pe care nu mai au posibilitatea să o realizeze în continuare împotriva debitorului, potrivit dreptului comun, în condițiile în care închiderea nu poate fi dată cu radierea debitorului.

Considerăm că într-un astfel de caz, decizia din recurs nu trebuie să cuprindă o anume dispoziție referitoare la ce urmează să se întâmple cu procedura continuată de judecătorul sindic, dar acesta va trebui să închidă procedura în raport cu decizia din recurs prin care s-a respins cererea de deschidere a creditorului, aceasta fundamentând o astfel de închidere, pe cale de consecință și, în orice caz, fără să se dispună și radierea debitorului persoană juridică. Discuții ar putea ridica felul hotărârii pe care trebuie să o pronunțe judecătorul sindic în acest sens, sentință - dacă nu doar se scoate cauza de pe rol, ci se și mențin unele acte de procedură, cu plata, de exemplu, a onorariului convenit practicianului în insolvență pentru activitățile desfășurate în perioada respectivă - sau încheiere, aceasta din urmă fiind mai indicată.

În cazul plății ulterioare a altor creanțe anterioare deschiderii procedurii dar depuse după deschiderea acesteia se poate susține că și în raport cu astfel de creanțe, nu numai cu creanța din cererea introductivă, plătită, există starea de insolvență a debitorului, la fel de anterioară deschiderii procedurii. Dacă nu se continuă procedura pentru aceste creanțe ar însemna că nu se urmărește scopul procedurii - plata pasivului debitorului iar starea de insolvență a debitorului se menține, deci nu se justifică închiderea procedurii, ci continuarea ei, fiind prea mult să se ceară celorlalți creditori neplătiți să facă ulterior o nouă cerere introductivă. În raport cu cele arătate s-ar putea susține că pentru a avea câștig de cauză în recursul declarat împotriva hotărârii de deschidere a procedurii debitorul trebuie să fi plătit după deschidere nu numai creanța din cererea introductivă, ci și creanțele (eventual) depuse după deschiderea procedurii. Aceasta cu atât mai mult cu cât în cazul

cererii introductive a debitorului, acesta trebuie să indice toți creditorii și procedura deschisă continuă până vor fi plătiți toți aceștia, astfel că nu există justificare pentru ca în cazul cererii introductive a creditorului să se procedeze altfel.

În realitate, o asemenea susținere este falsă, deoarece după deschiderea procedurii, debitorul nu poate face plata acestor creanțe altfel decât potrivit prescripțiilor legale; în cazul creanței din cererea introductivă exista rațiunea probei contrare stării de insolvență. În plus, nu trebuie să se confunde scopul procedurii cu aspectul în discuție. De altfel, pentru recursul împotriva hotărârii de deschidere depunerea ulterioară și a altor creanțe nu are relevanță. Fiind acte de procedură ulterioare deschiderii procedurii, creanțele astfel declarate nu au cum să constituie obiectul judecății recursului privind hotărârea de deschidere a procedurii pentru că existența stării de insolvență nu s-a apreciat, la pronunțarea hotărârii atacate și în raport cu acestea.

Doar după respingerea recursului și rămânerea irevocabilă a hotărârii de deschidere a procedurii, existența și a altor creanțe declarate decât aceea din cererea introductivă capătă relevanță sub aspectul scopului procedurii, în sensul că aceasta va continua până la plata fiecăreia dintre creanțe, potrivit reglementării legale.

În cazul în care tribunalul, prin judecătorul sindic, a respins cererea prin care creditorul a solicitat deschiderea procedurii, iar creditorul formulează recurs, solicitând să se dispună admiterea cererii introductive și deschiderea procedurii insolvenței prin modificarea sau casarea hotărârii recuzate de către instanța de recurs, această din urmă instanță se poate afla și în situația de a concluziona că se impune admiterea recursului. Pentru a pronunța o decizie în acest sens instanța de recurs trebuie să rețină că din aprecierea probelor a rezultat nu numai că la data pronunțării hotărârii atacate în realitate erau îndeplinite condițiile prevăzute legal pentru deschiderea procedurii, dar și că îndeplinirea condițiilor respective s-a menținut până la data soluționării recursului. Dispunând deschiderea procedurii, instanța de recurs va restitui dosarul primei instanțe care, prin judecătorul sindic, va dispune primele măsuri (desemnarea practicianului în insolvență etc.)

Index*)

Acțiune în atragerea răspunderii patrimoniale a debitorului

- competență 63

Activul debitorului

- determinare 176

Autoritate de lucru judecat 114, 157, 194

Autosesizarea instanței 118

Balanță de verificare 68

Bancrută frauduloasă 60

Bancrută simplă 55, 58

Bilanț contabil 67

Buletinul procedurilor de insolvență 173, 174, 196

Bună-credință 52, 65, 146, 156, 165

Bunuri susceptibile de executare silită 68

Cauțiune 126

- cuantum 127

- consemnare 127

Cerere de intervenție 12, 13, 50, 112 și urm., 129, 184

Cerere introductivă

- actele care însoțesc cererea debitorului 67

- admisibilitatea/nu a unei cereri de intervenție 50

- admitere 156

- anulare 159

- caractere 52

- caracterul de mărturisire 81

- cererea asociaților 97

- cererea C.N.V.M. 107

- cererea creditorului 93

- conținut 97, 102

- lipsa menționării cuantumului și temeiului creanței 103

- cererea debitorului 52

- în cazul societății în nume colectiv, în comandită, a grupului de interes economic 87

- judecata cererii 109

- caracterul necontencios/nu al judecării acesteia 49

- prematuritatea cererii 62, 159, 166

*) Cifrele fac trimitere la numărul de pagină unde se regăsește termenul respectiv.

- respingere 157
- răspundere pentru daune 165
- semnarea cererii 56
- în cazul debitorului persoană juridică 56, 57
- în cazul debitorului persoană fizică 58
- tardivitatea cererii 60
- titulari 49

Cerere introductivă

- perioada judecării 27

Cerere vizând valorificarea unei creanțe în justiție 51

- diferențe față de cererea introductivă 51

Citare 51, 110, 111, 112, 119, 122, 129 și urm., 186

Comunicarea cererilor 27, 51, 109, 119 și urm.

- contestație 120
- refacerea comunicării 120
- scop 121

Comunicarea hotărârilor 172 și urm.

Conciliere prealabilă obligatorie 107

Conexare 100

Contestația debitorului

- conținut 122
- motive 123
- termen de formulare 121

Creanță

- caracter cert 139
- caracter exigibil 17, 140
- caracter lichid 140

- proba 144

- temei 103

- verificarea ~ 30, 35, 50, 52, 96, 105, 126, 145, 167

Creditor îndreptățit să solicite deschiderea procedurii 96, 99

Debitor 54

- definiție 134
- obligația de a introduce cererea introductivă 54, 55
- răspundere materială 60
- răspundere patrimonială 62
- răspundere penală 60

Decădere 171

- creditor 106, 185
- debitor 82, 120, 121, 126, 154

Deschiderea procedurii insolvenței

- prin autosesizarea instanței inadmisibilitate 49

Exercitare abuzivă a drepturilor procesuale 23

Expertiză (mijloc de probă) 15, 124, 144, 145, 153

Extras de cont 124, 125, 153, 203

Garanții reale asupra bunurilor 105

Hotărâre de deschidere a procedurii 27, 154

- caracter constitutiv 168

- caracter declarativ 167
- caracter definitiv 168
- caracter universal 168
- conținut necesar 169
- conținut posibil 176
 - hotărârea din opoziție
 - caracterul 195
 - cale de atac 196
- în cazul cererii creditorului 161
- în cazul cererii debitorului 158
 - judecata 186
 - motivarea 187
- opoziție 182
 - natură juridică 183
- publicitate 180
- recurs 182
 - ordinea judecării opoziției și recursului 190
 - soluții 190
 - termen de formulare 185

Încetare de plăți 5, 48

Încheiere de deschidere a procedurii 73

- autoritate de lucru judecat 114
- cale de atac 183
- caracterul executoriu 186
- dobândirea caracterului definitiv 182, 193
- pronunțare 158 și urm.
- revocare 65, 179, 180, 189, 191

Înscris (mijloc de probă) 15, 46, 78, 91, 106, 109, 126, 140, 144, 145, 153

Insolvabilitate 3 și urm.

Insolvență

- definiție 1
- de gen 15
- iminentă 16, 22
- probă 7
- prezumată ca fiind vădită 16, 18

Insuficiența disponibilităților

- bănești 6, 152
- proba 153

Întâmpinare 85, 123, 125, 126

Lichidare 137

Martor (mijloc de probă) 15

Mărturisirea

- judiciară 81
- extrajudiciară 81

Mărturisirea debitorului 11

Masă credală 28, 200

Măsuri asiguratorii 106

Moratoriu 156

Neplata la scadență 8

Notificarea deschiderii procedurii 119

Nulitate 42, 45, 104-106, 11, 117, 129, 189

Opoziție 179, 182

- natură juridică 183
- publicitate 180
- recurs 182

- ordinea judecării opoziției și recursului 190
- soluții 190
- termen de formulare 185

Pasiv exigibil 21

Pasivul debitorului 172

Perioadă de observație 28

- acte de procedură specifice 32

Perioada de reorganizare 29

Perioada procedurii falimentului 3

Perioada suspectă 46, 47

Perioada ulterioară închiderii procedurii falimentului 30

Prejudicii de imagine 23

Prezumția de insolvență 125

Prezumție de fraudă 47

Prezumție de insolvență vădită 132

Prezumție legală exigibilă 21

Principiul disponibilității părților 118

Procedura insolvenței

- acte/hotărâri 34
- căi de atac/casare 35
- efectele casării hotărârilor de prim nivel 35
- efectele casării hotărârilor nivel subsidiar 35
- caracterul colectiv al procedurii 30, 52, 101, 115, 141, 142, 180, 186
- excepție 140
- caracterul contencios/nu al procedurii 12, 46, 50, 51, 110, 112 și urm., 124
- caracterul public al ședințelor de judecată 110, 131

- celeritatea procedurii 50, 110, 114, 116, 129, 171, 172
- creanța anterioară deschiderii procedurii 142
- data apariției insolvenței 60
- deschiderea procedurii
- condiții legale 132
- calitatea de comerciant 134
- diferențe față de lichidare 137
- elemente de coeziune 33
- împotriva persoanelor fizice 135
- în cazul societății comerciale dizolvate 136
- în cazul unei societăți radiate 138
- numărul de creditori/creanțe față de care se poate deschide procedura 141
- judecata în camera de consiliu 110 și urm., 131
- modalități 33
- proba creanțelor 96, 144
- procedura de ansamblu 32
- procedura generală 31
- procedura propriu-zisă 33
- procedura simplificată 32
- publicitate 28
- revenirea în recurs pentru deschiderea procedurii 200
- revocare 199

Radierea debitorului 30, 77, 89, 90, 138, 207

Rea-credință 23, 25, 59, 62, 65,
128, 129, 152, 159, 165, 180,
188, 195

Recunoașterea stării de insolvență
8, 11, 13, 80-87, 112, 116, 125,
154

Refuzul de plată 6, 10, 139, 145

Registre de publicitate 69

Renunțarea la
judecată 117

Rolul activ al instanței 7, 124, 125,
145

Subrogare în drepturile
creditorului 197

Tabel preliminar al creanțelor 9,
95, 96, 97, 144
- contestare 126

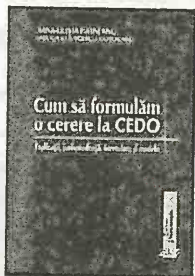
Termen de decădere 106, 122,
185

Termen de grație 156

Valoare-prag 55, 101, 147

Cum să formulăm o cerere la CEDO Explicații, jurisprudență, formulare și modele

Diana-Olivia Hatneanu
Raluca Stăncescu-Cojocaru



978-606-522-213-7
45 lei, 352 p.

Lucrarea de față oferă – într-o abordare sintetică, explicită și accesibilă – răspunsuri clare la două întrebări importante: **Când și cum ne putem adresa Curții Europene a Drepturilor Omului?** Această carte nu este un manual și nici nu analizează exhaustiv drepturile garantate de Convenția europeană a drepturilor omului. Este un ghid, în care sunt prezentate aspectele esențiale ce caracterizează fiecare din drepturile consacrate de Convenție, precum și procedura de urmat în fața Curții europene, pornind chiar de la hotărârile și deciziile cele mai importante pe care aceasta le-a pronunțat până la momentul publicării lucrării.

Prezentarea drepturilor și a procedurilor de urmat a fost concepută astfel încât să ofere un ajutor concret cititorului pentru redactarea și depunerea unei cereri individuale. Fie că sunteți jurist sau nu, această lucrare vă îndrumă pas cu pas și vă ajută să înțelegeți singur:

- Când a avut loc încălcarea unui drept garantat de Convenție?
- Cum se sesizează CEDO?
- Care sunt condițiile de admisibilitate a unei cereri la CEDO?
- Este sau nu obligatorie reprezentarea prin avocat?
- Cum se desfășoară procedura contradictorie?
- Cum se execută o hotărâre a CEDO?

B.C.U. „M. EMINESCU” IAȘI

261210

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

2010/26
23

Această carte face parte dintr-o serie mai amplă de comentarii dedicate procedurii insolvenței, serie deschisă cu volumele privind **Răspunderea membrilor organelor de conducere și Procedura insolvenței. Partea generală.**

În prima parte a lucrării sunt analizate aspectele generale legate de noțiunea și categoriile insolvenței, probarea ei, precum și mecanismul de apariție al acesteia. **Partea a doua a lucrării** tratează pe larg, cu numeroase exemple din practica instanțelor judecătorești, probleme legate de deschiderea procedurii insolvenței: cererea introductivă și judecata ei, cerințele legale pentru deschiderea procedurii, hotărârea de deschidere a procedurii și căile de atac împotriva ei, toate acestea analizate prin prisma modificărilor aduse legii insolvenței prin **Legea nr. 277/2009** pentru aprobarea O.U.G. nr. 173/2008.

Înțelegerea în mod corect a preceptelor insolvenței și a condițiilor de deschidere a procedurii poate preveni împotmolirea procedurii în situații atipice, derularea acesteia în mod netemeinic și nelegal, poate preveni căderea practicianului în tentația exercitării atribuțiilor ca într-o afacere particulară, dincolo de limitele poziției publice pe care o ocupă în procedură, poate condiționa judecătorul să aplice dreptul în sine, iar nu opinia proprie despre echitate.

reduceri de până la 30%
pentru comenzi on line

www.hamangiu.ro

ISBN 978-606-522-217-5

Preț: 23 lei



9 786065 222175